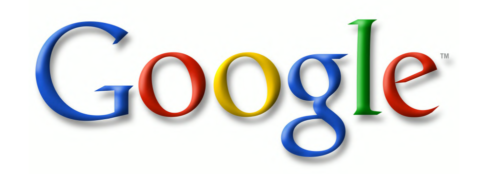
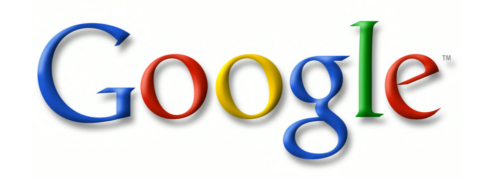





HL 4OF1 F


SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV. ANG.
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE
RI
TS

ЗНАЧЕНІЕ

ОБЩЕНАРОДНАГО ГРАЖДАНСКАГО ПРАВА

(JUS GENTIUM)

ВЪ РИМСКОЙ КЛАССИЧЕСКОЙ ЮРИСПРУДЕНЦІИ.

Н. БОГОЛѢПОВА.

МОСКВА.
ТИПОГРАФІЯ ГРАЧЕВА И К., У ПРЕЧИСТЕНСКИХЪ В., Д. ШИЛОВОЙ.
1876.

По определенію Юридическаго Факультета Императорскаго Московскаго Университета печатать дозволяется. 10 Февраля 1876 г.

Деканъ Мильгаузенъ.

ПРЕДИСЛОВІЕ.

Цѣль настоящей книги состоитъ въ томъ, чтобы объяснить всю совокупность источниковъ, содержащихъ въ себѣ ученіе классическихъ юристовъ о jus gentium, или, какъ я его называю, объ общенародномъ правѣ. При этомъ объясненіи я руководился слѣдующими мыслями: положительное право стоитъ всегда въ тѣсной связи съ остальною жизнью народа; оно всегда предназначается для защиты какого нибудь интереса этой жизни и потому можетъ быть разсматриваемо, какъ ея отраженіе, конечно не всестороннее. Поэтому, когда мы изучаемъ какое нибудь правило положительнаго права, то для его пониманія мы должны изслѣдовать, прилагалось ли оно въ дѣйствительной жизни, и если прилагалось, то какимъ образомъ. Мы должны, не ограничиваясь раскрытіемъ его буквальнаго смысла, постараться заглянуть за эту его внѣшнюю личину, поискать тѣхъ жизненныхъ силъ, которыя вызвали его существованіе. Тогда только можемъ мы надѣяться оцѣнить его дѣйствительное значеніе въ юридической жизни народа.

Разсматривая ученіе классическихъ юристовъ съ такой точки зрѣнія, я пришелъ къ убѣжденію, что оно только по внѣшности имѣетъ своимъ предметомъ общенародное право; на самомъ же дѣлѣ это послѣднее въ то время уже не имѣло самостоятельнаго

значенія и интереса для юристовъ. Но оно играло важную роль въ дальнѣйшемъ развитіи римскаго права, какъ средство для достиженія другой цѣли, и въ этомъ своемъ качествѣ сдѣлалось предметомъ ученія классическихъ юристовъ. Этимъ объясняется, почему я, занимаясь ученіемъ классическихъ юристовъ объ общенародномъ правѣ, тѣмъ не менѣе далъ своей книгѣ то названіе, которое поставлено въ ея заглавіи.

Что касается до порядка изложенія, то можетъ быть систематичнѣе было бы сначала изложить самые источники и затѣмъ уже представить объясненіе ихъ. Но чтеніе источниковъ по нашему предмету для того, кто прежде не занимался этимъ вопросомъ, было бы работой сухой и скучной. Поэтому, чтобы облегчить ее читателю, я рѣшился часть своего объясненія помѣстить въ началѣ книги. При самомъ поверхностномъ знакомствѣ съ ученіемъ классическихъ юристовъ можно замѣтить, что оно слагается изъ двухъ элементовъ: практическаго общенароднаго и теоретическаго естественнаго права. Именно эти два элемента я излагаю въ началѣ книги, разсматривая каждый изъ нихъ самъ по себѣ, въ томъ значеніи и видѣ, какой они должны были имѣть до взаимнаго сочетанія въ ученіи классическихъ юристовъ.

Порядокъ дальнѣйшаго изложенія не требуетъ объясненія. Необходимо только замѣтить, что періодъ классической юриспруденціи я разумѣю въ болѣе тѣсномъ смыслѣ, ограничивая его пространствомъ времени отъ императора Адріана до Александра Севера.

Н. Б.

ГЛАВА I.

Общенародное право до классическихъ юристовъ.

Цѣль этой главы—показать, что̀ такое было общенародное право въ тотъ моментъ, когда оно стало подвергаться теоретической обработкѣ классическихъ юристовъ. Этой цѣли мы вѣрнѣе всего достигнемъ, указавъ, какимъ образомъ возникло общенародное право и каковъ характеръ главнѣйшихъ институтовъ, въ которыхъ оно нашло свое выраженіе [1]).

---

[1]) Какъ въ этой, такъ и въ слѣдующей главѣ намъ принадлежатъ только нѣкоторыя общія мысли; все же остальное ихъ содержаніе заимствовано изъ обработанныхъ сочиненій другихъ ученыхъ. Главнымъ основаніемъ для ученія о возникновеніи общенароднаго права, послужилъ намъ второй томъ сочиненія Voigt'а — Das jus naturale, aequum et bonum und jus gentium der Römer. Leipzig 1856 слѣд. Кромѣ того приняты во вниманіе: Dirksen — Über die Eigenthümlichkeit des jus gentium nach den Vorstellungen der Römer, статья, помѣщенная въ Reinisches Museum für Jurisprudenz, Philologie etc. 1-er Jahrg. 1827. Puchta—Das Gewohnheitsrecht I Th. стр. 24 - 44; его же Cursus der Institutionen 1865 I §§ 83—85.

Laurent—Etudes sur l'histoire de l'humanité 1862. т. III стр. 293 слѣд. Thierry—Tableau de l'empire romain Liv. IV.

Savigny—System des heutigen Römischen Rechts I § 22.

Böcking — Einleitung in die Pandekten des gemeinen Civilrechts. 1853.

О времени возникновенія общенароднаго права мы не имѣемъ прямыхъ свидѣтельствъ источниковъ; а косвенныя такъ неудовлетворительны, что въ наукѣ до сихъ поръ неустановилось точнаго отвѣта на этотъ вопросъ. Но для нашей цѣли вполнѣ достаточенъ и отвѣтъ приблизительно вѣрный. Приблизительно же можно съ увѣренностію сказать, что возникновеніе общенароднаго права или по крайней мѣрѣ значительное развитіе его относится къ концу 5-го или къ первой половинѣ 6-го вѣка римскаго лѣтосчисленія. Разрѣшеніе вопроса, къ которому мы намѣрены теперь перейти, именно вопроса о причинахъ возникновенія общенароднаго права, дастъ главную опору вышеуказанному опредѣленію: если мы докажемъ, что къ концу 5-го или къ первой половинѣ 6-го вѣка относятся причины образованія общенароднаго права, то отсюда сама собою будетъ видна и вѣрность нашего опредѣленія.

Итакъ, какія причины вызвали образованіе общенароднаго права? Отвѣтомъ на этотъ вопросъ должно служить изложеніе нѣкоторыхъ важныхъ фактовъ, совершившихся въ 5-мъ и 6-мъ вѣкахъ исторіи Рима и вызвавшихъ римскій народъ къ усиленной и плодотворной правообразовательной дѣятельности. Первымъ такимъ фактомъ будутъ многочисленныя сношенія, возникшія въ это время между Римомъ и народами иныхъ цивилизацій, особенно же цивилизаціи гелленской.

Kuntze—Über den Mos civitatis als Receptionscanal des jus gentium neben dem prätorischen Edict въ Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. München. т. 9 стр. 503—550.

Austin—Lectures on jurisprudence 4-е изд. 1873. лекція 31-я.

Maine—L'ancien droit. Paris 1874. (франц. переводъ Курсель Сенеля) гл. III и IV.

Эти сношенія почти всегда начинались съ войны, которая влекла за собою болѣе или менѣе тѣсный союзъ воюющихъ сторонъ или полную инкорпорацію завоеванной страны. Таковы войны съ Самнитянами, съ Латинами, съ Капуей, съ Палеополемъ, съ греческими городами въ Апуліи и Луканіи, двѣ пуническія войны и всѣ тѣ войны на западъ отъ Италіи, которыя велись большею частью съ цѣлью ослабить могущество Карѳагенянъ и имѣли своимъ послѣдствіемъ завоеваніе Сициліи, Корсики, Сардиніи и значительной части Испаніи, войны съ Македоніей и Сиріей. Рядомъ съ этими фактами слѣдуетъ упомянуть о постоянныхъ мирныхъ сношеніяхъ съ Массиліей.

Чтобы понять, какое вліяніе на внутреннюю жизнь Рима могли оказать эти внѣшнія событія, надо принять во вниманіе высокое культурное состояніе тѣхъ странъ, съ которыми Римъ пришелъ въ тѣсное соприкосновеніе. За исключеніемъ Карѳагенянъ и Этрусковъ, оказавшихъ незначительное вліяніе на римскую культуру [2]), всѣ остальныя страны принадлежали къ гелленской цивилизаціи. Въ разсматриваемое нами время эта цивилизація стояла значительно выше римской. „Мы съ удивленіемъ останавливаемся передъ образомъ греческой цивилизаціи въ Сициліи и Италіи", говоритъ Дройзенъ;..... „какое богатство городовъ, какое высокое движеніе въ ихъ политической и духовной жизни; тамъ образовался знаменитый пиѳагорейскій союзъ и глубокомысленное ученіе Элеатовъ; тамъ творилъ Эмпедоклъ, этотъ Данте древности, оттуда же Аѳиняне заимствовали ораторское искус-

---

²) См. Voigt II стр. 586 not. 728; стр. 634, not. 770.

ство. Даже Іонія остается въ тѣни передъ блескомъ этихъ земель; такъ чрезмѣрно было великолѣпіе ихъ колоссальныхъ храмовъ, населеніе ихъ городовъ, доходы отъ ихъ торговли, ихъ жизнь и удовольствія, ихъ поэтическое творчество и мышленіе" [8]).

Такія частыя и продолжительныя сношенія съ народами гелленской цивилизаціи должны были неминуемо оказать сильное вліяніе на всѣ стороны римской жизни. Римляне пріобрѣли вкусъ къ комфорту жизни: имъ понадобилось бо̀льшее разнообразіе въ столѣ, одеждѣ, бо̀льшее количество рабовъ для домашнихъ услугъ, бо́льшая роскошь въ устройствѣ частныхъ и общественныхъ зданій, произведенія искусства и художественнаго ремесла и многое другое. Такъ, напримѣръ, въ прежнее время у римскаго гражданина единственною цѣнною вещью была серебряная солонка; кареагенскіе послы, возвратившись изъ Рима, разсказывали въ насмѣшку надъ бѣдностью римской сервировки, что во всѣхъ сенаторскихъ домахъ, въ которые ихъ приглашали къ обѣду, они встрѣчали одинъ и тотъ же серебряный сервизъ; когда консуляръ Публій Корнелій Руфинъ вздумалъ завести у себя сервизъ цѣною около 300 рублей, то цензоры исключили его за это изъ сенаторскаго списка; теперь, подъ вліяніемъ южныхъ и восточныхъ нравовъ, богатые серебряные приборы тонкой работы считаются обыкновенной принадлежностью болѣе или менѣе знатнаго дома; а въ 7 в. города у богатыхъ римлянъ серебро считается тысячами фунтовъ; напр. у Марка Друза (бывшаго въ 663 г. трибуномъ) было 10000 фунтовъ сереб-

---

[8]) Цит. у Фойгта II. стр. 587.

ра [4]). Прежняя скромная одежда и мебель замѣняется газовыми и шелковыми платьями, золотыми украшеніями (у женщинъ), дорогими занавѣсями и коврами, софами съ бронзовой отдѣлкой. На постройку и отдѣлку домовъ тратятся иногда огромныя суммы; напр. домъ оратора Красса (+663) цѣнился вмѣстѣ съ принадлежавшимъ къ нему садомъ въ 6 милліоновъ сестерцій (около полумилліона рублей). Особенно бросается въ глаза увеличеніе роскоши въ столѣ: въ прежнее время обѣдъ состоялъ изъ двухъ блюдъ, которыя обыкновенно приготовлялись, также какъ и хлѣбъ, самою хозяйкой дома; вино употреблялось только туземное и при томъ часто пополамъ съ водой; теперь простыя кушанья замѣняются заморскими рѣдкостями въ родѣ черноморскихъ сардинокъ, за которыя платятся баснословныя деньги (коробка — 1600 сестерцій, т. е. около 150 рублей), и греческимъ виномъ; въ кухнѣ появляется ученый поваръ изъ рабовъ, за котораго иногда также платятъ громадныя суммы. Въ прежнее время народные праздники сопровождались невинными удовольствіями, изъ которыхъ самымъ главнымъ было состязаніе въ бѣгѣ; теперь къ этимъ забавамъ присоединились новыя, иностранныя: народъ сталъ любоваться боемъ дикихъ звѣрей, львовъ и пантеръ, привозимыхъ изъ Африки, и ораженіями гладіаторовъ [5]).

---

[4]) Хотя возникновеніе общенароднаго права относится къ первой половинѣ 6-го в., однако мы считаемъ возможнымъ приводить примѣры и изъ позднѣйшаго времени: общенародное право сложилось не за одинъ разъ; къ первой половинѣ 6-го в. относится только его начало, дальнѣйшее же развитіе его растягивается на нѣсколько слѣдующихъ вѣковъ, причемъ это развитіе обусловливается тѣми же причинами, какъ и возникновеніе.

[5]) Mommsen Röm. Gesch. I. 871—875, II. 400—403 (6-е изд.).

Для насъ интересно рѣшить вопросъ: какимъ путемъ Римляне удовлетворяли своимъ новымъ потребностямъ? Домашнихъ средствъ для этого конечно было далеко недостаточно. Область римская была не особенно богата произведеніями природы; ремесленники и художники римскіе въ своихъ произведеніяхъ никогда не достигали до тѣхъ образцовъ, съ которыми римляне познакомились на югѣ и востокѣ; въ Римѣ не было ни особаго торговаго сословія, ни торговаго флота, который бы готовъ былъ изъ другихъ странъ подвезть все требуемое [6]). Такъ какъ новыя потребности пустили у Римлянъ очень глубокіе корни, такъ что они не могли уже отказаться отъ ихъ удовлетворенія, то имъ оставался только одинъ исходъ— открыть рынокъ Рима для иностранныхъ купцовъ, которые имѣли полную возможность и готовились подвезти въ Римъ товары изо всѣхъ странъ древняго міра. Такому исходу могло бы представиться одно препятствіе—недостатокъ денегъ. Но его въ настоящемъ періодѣ не могло быть. Военная добыча, контрибуціи, подати провинцій, доходы съ увеличившихся въ числѣ государственныхъ земель, обширное скотоводство на югѣ Италіи, которымъ занимались многіе Римляне, — все это доставляло огромные капиталы и казнѣ и частнымъ лицамъ [7]).

Такимъ образомъ новыя многочисленныя потребности римскаго общества съ одной стороны, купеческая услужливость торговыхъ народовъ востока и юга съ другой и наконецъ обиліе денегъ у Римлянъ,—все

---

[6]) Voigt. II. §§ 70—72.

[7]) Тамъ же стр. 591, 592. Mommsen Röm. Gesch. I. 845. (6-е изд.).

это необходимо заставляетъ предполагать, что въ разсматриваемый періодъ въ Римѣ должна была возникнуть дѣятельная торговля.

Это предположеніе подтверждается нѣкоторыми историческими фактами, изъ которыхъ одни относятся къ 5-му, а другіе къ 6-му в. Такъ, во первыхъ, въ Римѣ въ это время появляется множество иностранцевъ — Латиновъ и другихъ союзниковъ римскихъ, Грековъ, Кареагенянъ; большинство ихъ конечно пріѣзжало не съ праздной цѣлью посмотрѣть на возникавшее величіе Рима; для поддержанія своего существованія имъ, какъ пришельцамъ, естественнѣе всего было заняться торговлей. Во вторыхъ, въ этомъ періодѣ въ Римѣ возникаютъ учрежденія, прямо указывающія на торговую дѣятельность города, напр. болѣе правильное устройство рыночной площади (emporium), устройство мѣстъ для склада товаровъ и учрежденіе банкирскихъ конторъ (tabernae argentariae). Въ третьихъ, въ это же время появляется въ Римѣ серебряная монета, а вѣсъ мѣднаго асса уменьшается въ шесть разъ, что было возможно только при сильномъ вздорожаніи мѣди, которое вѣроятно произошло отъ вывоза ея иностранными купцами за границу [8]).

Благодаря тому, что Римъ завелъ торговлю съ чужими странами и притомъ торговлю, въ которой онъ игралъ совершенно пассивную роль, онъ сдѣлался по необходимости мѣстопребываніемъ огромной массы иностранцевъ. Для насъ это обстоятельство имѣетъ интересъ потому, что влечетъ за собою вопросъ: какими юридическими нормами опредѣлялись отношенія

---

[8]) Voigt. II. § 74.

иностранцевъ другъ къ другу и къ римскимъ гражданамъ?

По общему правилу древняго римскаго права перегринъ [9]) считался неправоспособнымъ, т. е. его отношенія къ кому бы то ни было не охранялись никакимъ правомъ. Но изъ этого общаго правила могли быть исключенія. Иностранное государство могло пріобрѣсти для своихъ подданныхъ нѣкоторую степень правоспособности при помощи особыхъ международныхъ договоровъ (foedus, hospitium publicum, amicitia); а перегринамъ-подданнымъ Рима эта правоспособность могла быть дарована Римомъ [10]). Но такой способъ регулированія новыхъ отношеній не могъ быть удовлетворительнымъ для того времени. Во первыхъ, такимъ путемъ можно было опредѣлить только отношенія перегриновъ одного и того же государства и отношенія перегриновъ къ римскимъ гражданамъ; но взаимныя отношенія перегриновъ различныхъ государствъ все таки оставались неопредѣленными. Во вторыхъ, при международномъ договорѣ какъ самое признаніе правоспособности, такъ и объемъ ея зависѣли отъ соглашенія обѣихъ сторонъ; множество случайныхъ обстоятельствъ могли помѣшать этому соглашенію. Въ третьихъ, если бы такое соглашеніе и

---

[9]) Перегриномъ у Римлянъ назывался всякій, кто не былъ римскимъ гражданиномъ, слѣдовательно не только иностранецъ въ нашемъ смыслѣ, т. е. гражданинъ другаго самостоятельнаго государства, но также и подданный Римскаго государства, но не имѣющій права римскаго гражданства. Къ перегринамъ послѣдняго рода принадлежали напр. жители римскихъ провинцій и прежніе римскіе граждане, лишенные этого званія въ наказаніе.

[10]) Объ этомъ вопросѣ можно найти весьма пространное изложеніе у Voigt'а II. § 16—64.

состоялось, то оно принесло бы пользу перегринамъ только того государства, которое участвовало въ договорѣ съ Римомъ. Чтобы дать доступъ всѣмъ иностранцамъ, Римъ долженъ бы былъ заключить договоры со всѣми извѣстными ему государствами. Онъ такъ и поступалъ прежде, когда немногосложныя потребности его гражданъ дозволяли ограничиваться сношеніями только съ сосѣдними народами. Но теперь это было практически невозможно: сойтись со множествомъ разнообразныхъ государствъ въ условіяхъ, на какихъ должна быть признана правоспособность, совсѣмъ не то, что заключить договоръ съ двумя, тремя сосѣдними народами, большею частью сходными въ своихъ нуждахъ, не говоря уже о томъ, что такое повальное заключеніе договоровъ все таки не исключало возможности появленія перегриновъ изъ такого государства, о которомъ Римъ до сихъ поръ не зналъ или на которое не обратилъ вниманія. Въ четвертыхъ, наконецъ, то право, къ которому перегрины признавались способными, не было пригодно для новыхъ отношеній, ибо это было древнее римское цивильное право, предназначавшееся для немногочисленныхъ и несложныхъ отношеній простаго быта прежняго римскаго общества.

Итакъ, старинное проникнутое духомъ національной исключительности убѣжденіе въ неправоспособности перегриновъ влекло за собою неопредѣленность и часто полную необезпеченность юридическаго положенія иностранцевъ въ Римѣ. Это обстоятельство должно было отзываться неблагопріятно на ходѣ иностранной торговли, должно было препятствовать притоку въ Римъ иностранныхъ купцовъ въ желанныхъ размѣрахъ. А такъ какъ вслѣдствіе этого

новыя многочисленныя потребности римскаго общества оставались не вполнѣ удовлетворенными и такъ какъ мы не имѣемъ никакихъ основаній предполагать, чтобы римляне склонны были отказаться отъ ихъ удовлетворенія, то Риму оставался только одинъ исходъ—усвоить себѣ иную точку зрѣнія на юридическое положеніе иностранцевъ.

Да и настолько ли еще сильна была въ Римлянахъ ихъ прежняя исключительность, чтобы ради ея они отказались отъ удовлетворенія множества своихъ потребностей? Характеръ національной исключительности, запечатлѣвшій всѣ древнія римскія учрежденія, въ значительной степени зависѣлъ отъ дѣйствія древней религіи. Въ разсматриваемую эпоху религіозныя вѣрованія Римлянъ видоизмѣнились и ослабли, что конечно не могло не вызвать и соотвѣтственнаго ослабленія національной исключительности [11]). Рядомъ съ этимъ ослабленіемъ идетъ постепенная гелленизація римскаго общества. Въ то время міровоззрѣніе Грековъ было несравненно свободнѣе и мягче римскаго. Въ области права эта свобода и мягкость проявлялась въ господствѣ космополитизма, вслѣдствіе чего за каждымъ иностранцемъ безусловно признавалась гражданская правоспособность [12]). Подъ вліяніемъ этихъ свободныхъ гелленскихъ воззрѣній и Римляне рѣшаются отступить отъ прежней національной исключительности.

Итакъ съ одной стороны подъ вліяніемъ болѣе свободнаго міровоззрѣнія Грековъ, съ другой—повинуясь

---

11) См. объ этомъ F. de Coulanges La cité antique.

12) Voigt. II. Стр. 606.

голосу разнообразныхъ неудовлетворенныхъ потребностей, Римляне установляютъ правило, что всякій иностранецъ, все равно изъ самостоятельной или подчиненной страны, если только онъ свободный человѣкъ, считается въ римскомъ государствѣ правоспособнымъ субъектомъ. Этимъ открывается образованіе общенароднаго права [13]).

Теперь становился на очередь другой вопросъ: подъ какимъ правомъ будутъ жить иностранцы въ Римѣ? Не въ одномъ только Римѣ, но и во многихъ греческихъ государствахъ древняго міра развитіе иностранной торговли вызывало признаніе правоспособности за всѣми иностранцами. Въ этихъ государствахъ такое признаніе всегда сопровождалось двумя послѣдствіями: 1, объявлялось, что иностранцы будутъ наравнѣ съ гражданами подчиняться праву, дѣйствующему въ извѣстномъ государствѣ; 2, въ этомъ правѣ производились измѣненія, которыхъ требовалъ гражданскій оборотъ, усложнявшійся, благодаря развитію торговли [14]). Но Римъ и въ этомъ случаѣ, какъ и во многихъ другихъ, остался вѣренъ своему исконному обыкновенію не измѣнять своихъ старыхъ учрежденій безъ крайней надобности: національное цивильное право по прежнему сохранило свою примѣняе-

[13]) Мы не имѣемъ никакихъ свидѣтельствъ, что общее признаніе за перегринами правоспособности было установлено какимъ нибудь спеціальнымъ закономъ. По всѣмъ вѣроятіямъ это совершилось постепеннымъ дѣйствіемъ обычая.—Приблизительно къ тому же времени, т. е. къ концу 5-го или началу 6-го вѣка, относится и измѣненіе значенія слова «hostis»: прежде оно означало всякаго иностранца, теперь оно означаетъ только иностранца врага, а для обозначенія иностранца вообще вводится новый терминъ—peregrinus.

[14]) Voigt II. § 76.

мость только къ римскимъ гражданамъ. Но такъ какъ перегринамъ нужно же было дать какое нибудь право, то рядомъ съ своимъ цивильнымъ правомъ Римляне создали новое. Это право первоначально не предназначалось для отношеній римскихъ гражданъ другъ къ другу; эти послѣдніе попрежнему оставались при одномъ jus civile. Новое же право назначалось для отношеній иностранцевъ другъ къ другу и къ римскимъ гражданамъ. Поэтому мы могли бы назвать его правомъ перегриновъ. Но такъ какъ оно прилагалось безразлично къ людямъ всѣхъ народностей, то Римляне назвали его общенароднымъ, jus gentium [15]). Изъ сказаннаго видно, что общенарод-

[15]) Нѣсколько иное объясненіе названію «jus gentium» даетъ Austin Lectures on jurisprudence стр. 575: общенародное право примѣнялось преимущественно къ иностранцамъ въ ихъ спорахъ между собою, а иностранные народы въ противуположность римскимъ гражданамъ (cives) назывались у Римлянъ gentes; такимъ образомъ j. g. означаетъ «право перегриновъ». Тотъ же взглядъ выражаетъ Puchta Gewohnheitsrecht I стр. 34. Мэнъ (L'ancien droit стр. 48) объясняетъ названіе j. g. тѣмъ способомъ, которымъ оно создавалось: по его мнѣнію римскіе юристы составляли его правила, наблюдая общія черты институтовъ, признаваемыхъ у различныхъ италійскихъ народовъ, которыхъ Римляне называютъ gentes. Поэтому j. g. прямо означаетъ право, выбранное изъ правъ всѣхъ народовъ. Того же взгляда держится и Савиньи System. I. 110. Это объясненіе можно признать вѣрнымъ только отчасти: какъ мы увидимъ ниже, римскіе юристы дѣйствительно часто черпали правила общенароднаго права изъ правъ извѣстныхъ имъ народовъ; но они это дѣлали не систематически, часто даже не сознательно; для сознательнаго систематическаго выдѣленія общаго элемента, для умѣнья отличить этотъ элементъ отъ особенностей, свойственныхъ только извѣстному праву, необходимо научное развитіе, котораго не могло быть у юристовъ того времени, когда возникало jus gentium. А поэтому въ ихъ умахъ не могла возникнуть и мысль о названіи права съ той точки зрѣнія, какъ указываетъ Мэнъ. Ср. Puchta Instit I. § 84 стр. 317 (6-е изд.)

ное право было вызвано быстрымъ развитіемъ иностранной торговли и обусловлено расширеніемъ умственнаго кругозора Римлянъ [16]). Но этого недостаточно. Для насъ весьма важно знать, какъ оно образовалось. Такъ какъ мы не имѣемъ намѣренія спеціально излагать исторію первоначальнаго образованія общенароднаго права, то намъ достаточно будетъ только въ общихъ чертахъ указать, къ чему привели историческія изслѣдованія по этому вопросу.

Надъ образованіемъ общенароднаго права трудились два органа: преторъ и юристы. Изъ преторовъ главную, почти исключительную роль въ этомъ дѣлѣ игралъ praetor peregrinus. Призванный судить гражданскія тяжбы перегриновъ между собою и съ римскими гражданами и не имѣя передъ собою уже готоваго положительнаго права, онъ долженъ былъ прежде всего выяснить самому себѣ, какими правилами онъ будетъ руководствоваться на судѣ. Первымъ толчкомъ къ постановкѣ этого вопроса и первымъ указателемъ, гдѣ искать на него отвѣта, была вѣроятно практика самого претора. Изъ отдѣльныхъ тяжбъ, представлявшихся на его разрѣшеніе, онъ знакомился съ нуждами новаго гражданскаго оборота и узнавалъ, какія отношенія требуютъ юридической охраны; а за тѣмъ, чтобы рѣшить какимъ образомъ они должны быть охранены, т. е. какими юридическими правилами регулированы, онъ обращался къ житейскому обыкновенію (Lebensgewohnheit), т. е. старался подмѣтить, какъ спорное отношеніе должно быть разрѣшено

Praetor

[16]) Къ этому взгляду безусловно присоединяется и Danz Lehrbuch der Geschichte des R. R. Leip. 1871 (2-е изд.) I. § 46.

по понятіямъ самаго общества, въ которомъ оно возникло. Это наблюденіе облегчалось тѣмъ, что отношенія, подлежавшія наблюденію, принадлежали преимущественно къ области торговаго оборота, въ которомъ по самому его назначенію и характеру дѣйствующихъ лицъ, обычаи складываются быстрѣе и опредѣленнѣе. Если преторъ не находилъ отвѣта въ воззрѣніяхъ торговаго общества, онъ имѣлъ подъ руками другіе источники: кое-что изъ цивильнаго римскаго права могло быть перенесено въ новую область; многое могло быть заимствовано съ приличными измѣненіями изъ законодательствъ другихъ странъ, болѣе подвинувшихся на пути гражданскаго развитія, слѣдовательно странъ гелленской цивилизаціи.

Опытъ, выносимый преторомъ изъ практики, указывалъ ему, какими правилами онъ долженъ впредь руководствоваться въ своей дѣятельности. Эти правила онъ заносилъ въ свой эдиктъ, причемъ формулированіе ихъ и вообще болѣе тщательная обработка матерьяла, даннаго практикой, совершалась преторомъ вѣроятно не безъ значительнаго содѣйствія юристовъ [17]).

Надо поэтому прибавить, что преторъ перегриновъ въ своей работѣ находилъ не малую помощь у бывшихъ правителей провинцій. Эти послѣдніе, поставляемые часто въ туже необходимость изыскивать для своего суда новыя юридическія правила, черпали матерьялъ для этихъ послѣднихъ вѣроятно главнымъ образомъ въ обычаяхъ и законахъ управляемой страны, видоизмѣняя ихъ по различнымъ соображеніямъ. Результатами ихъ судебной практики преторъ пере-

[17]) Puchta Gewohnheitsrecht I. стр. 33, 34, 40—43.

гриновъ могъ воспользоваться для пополненія своего эдикта также, какъ правители провинцій по всѣмъ вѣроятіямъ пользовались его эдиктомъ [18]).

Вторымъ органомъ въ образованіи общенароднаго права мы назвали римскихъ юрисконсультовъ. Подобно претору они приступили къ дѣятельности не изъ теоретическаго интереса, а по вызову самой жизни. Извѣстно, какую важную роль играли они въ повседневномъ гражданскомъ оборотѣ римскаго народа: при составленіи всевозможныхъ юридическихъ сдѣлокъ, при возбужденіи тяжбы стороны всегда обращались къ юрисконсульту, чтобы получить отъ него responsum или просить его составить актъ сдѣлки или пригласить его явиться на судъ для совѣтовъ защитнику. Когда, вслѣдствіе развившейся въ Римѣ торговли, римскіе граждане стали вступать въ разнообразныя и часто сложныя отношенія съ иностранными купцами, помощь юристовъ была имъ необходима не менѣе прежняго. Подобно претору они не имѣли для руководства никакого положительнаго права. По поводу отдѣльныхъ конкретныхъ случаевъ они обращались съ запросомъ прежде всего къ тѣмъ же источникамъ, изъ которыхъ черпалъ и преторъ. Но съ 7-го вѣка города къ нимъ присоединился еще одинъ—философскія идеи. Какъ мы увидимъ изъ 2-й главы, между юристами было много философски образованныхъ людей, особенно послѣдователей стоицизма. Это философское образованіе отразилось на разработкѣ права вообще [19]); оно конечно должно было отразиться и на той ихъ

---

[18]) Thierry Tableau de l'empire romain 1862. стр. 288.

[19]) Kuntze Cursus des R. R. § 187.

дѣятельности, о которой идетъ рѣчь теперь. Выработанныя юрисконсультами правила, опираясь на ихъ авторитетъ и на болѣе или менѣе продолжительное примѣненіе, получали силу обычнаго права и слѣдовательно становились обязательными и для претора и для судьи, хотя бы они и не были занесены въ эдиктъ [20]). До сихъ поръ, излагая, чѣмъ общенародное право было вызвано и кѣмъ оно создавалось, мы говорили о его возникновеніи. Что касается дальнѣйшаго его развитія въ періодъ до классическихъ юристовъ, то оно совершалось при тѣхъ же условіяхъ, какъ и возникновеніе. Поэтому мы и не будемъ на немъ останавливаться. Въ одномъ только отношеніи съ общенароднымъ правомъ произошла весьма важная перемѣна. Какъ мы замѣтили выше, первоначально оно предназначалось для отношеній перегриновъ другъ къ другу или къ римскимъ гражданамъ. Отношенія же этихъ послѣднихъ между собою попрежнему стояли подъ цивильнымъ правомъ. Но такой порядокъ вещей не могъ продержаться долго. „Представимъ себѣ", говоритъ Пухта, „что со времени XII таблицъ прошло два столѣтія. Все въ болѣе отдаленное прошедшее отступало то время, когда возникла эта основа цивильнаго права, когда это узкое право вполнѣ удовлетворяло народному правосознанію; кругозоръ Римлянъ расширился, Италія была покорена, начались внѣиталійскія войны и завоеванія, Римляне чувствовали себя дома не въ одномъ только Римѣ, и ихъ душою стало овладѣвать призваніе привлечь къ себѣ всѣ доступныя имъ

[20]) Къ вопросу объ органахъ образованія общенароднаго права см. Voigt. II. § 79, Kuntze Über den mos civitatis въ указ. м.

страны. Такъ какъ они стали воспріимчивы къ чужимъ правамъ, то они постепенно выросли изъ тѣхъ узкихъ границъ, которыя провело въ правѣ древнее jus civile. Ихъ сознаніе, благодаря образованію права перегриновъ, было наполнено иными юридическими понятіями, чѣмъ понятія строгаго Jus civile. Они сами жили по этому новому праву въ своемъ оборотѣ съ перегринами; въ своемъ происхожденіи и примѣненіи оно вовсе не было имъ чуждо; да оно и въ самомъ дѣлѣ было римскимъ правомъ, только образованнымъ не изъ чисто римскихъ принциповъ. Почему бы не допустить извѣстнаго примѣненія къ нимъ этихъ принциповъ и внѣ оборота съ перегринами? Нужно было сдѣлать только небольшой шагъ, чтобы въ jus gentium признать общее право и для Римлянъ и сдѣлать такое заключеніе: quod civile non idem continuo gentium, quod autem gentium, idem civile (т. е. civium) esse debet.“ [21]) Такимъ образомъ въ развитіи общенароднаго права было время, котораго съ точностью мы опредѣлить не можемъ, когда оно, сохраняя свое прежнее назначеніе — быть правомъ перегриновъ, сдѣлалось въ то же время и правомъ римскихъ гражданъ, т. е. стало примѣняться и къ ихъ отношеніямъ между собою.

Все сказанное даетъ намъ право установить слѣдующія два общихъ положенія:

1) Jus gentium, въ своемъ полномъ развитіи въ періодъ до классическихъ юристовъ, было положительнымъ правомъ, установленнымъ Римлянами для всѣхъ свободныхъ людей, находящихся на территоріи римскаго государства.

---

[21]) Puchta Inst. I. 315.

2) Вызванное чисто практическими нуждами, оно и образовалось также чисто практическимъ путемъ, по указаніямъ ежедневнаго опыта [22]).

Эти два общія положенія показываютъ намъ общенародное право съ внѣшней формальной стороны. Но наше понятіе о немъ будетъ неполно и потому самое ученіе классическихъ юристовъ не вполнѣ ясно, если мы не посмотримъ на него и съ его внутренней, матерьяльной стороны, если мы не укажемъ на основную черту его правилъ и институтовъ.

Для этой цѣли мы должны обратить вниманіе, во первыхъ, на то, что бо́льшая часть общенароднаго права предназначалась для регулированія отношеній, возникавшихъ изъ всемірной иностранной торговли Рима. А торговля эта, какъ находившаяся въ разсматриваемое время главнымъ образомъ въ рукахъ Грековъ, была проникнута духомъ гелленской цивилизаціи. Во

---

[22]) Совершенно фальшивое и смутное понятіе о jus gentium имѣетъ Laurent—Etudes sur l'histoire de l'humanité 1862 III. стр. 293 и 294. По его мнѣнію это право образовалось путемъ сравненія положительныхъ правъ различныхъ народовъ съ правомъ римскимъ. Римляне замѣтили во всѣхъ этихъ правахъ общія черты, которыя они и назвали jus gentium, общенароднымъ правомъ. Такъ какъ эти черты нашлись у всѣхъ народовъ не вслѣдствіе заимствованія, то значитъ они вытекли изъ присущаго всѣмъ людямъ понятія о справедливомъ и несправедливомъ. Другими словами, общенародное право есть право философское, или естественное. Это право оказало сильное вліяніе на древнее строгое цивильное право: это послѣднее усвоило себѣ многіе принципы общенароднаго права. Органомъ этого преобразованія былъ преторъ. Такимъ образомъ по представленію Лорана jus gentium является теоретическимъ правомъ, созданнымъ неизвѣстными дѣятелями посредствомъ научнаго сравненія положительныхъ правъ и притомъ въ періодъ, предшествовавшій реформаторской дѣятельности претора, т. е. въ такой періодъ, когда въ Римѣ научнымъ характеромъ не отличалась ни одна сторона духовной дѣятельности.

вторыхъ, мы должны также обратить вниманіе и на то, что и само римское общество, къ которому принадлежали творцы общенароднаго права, въ періодъ образованія и развитія этого послѣдняго было въ сильной степени гелленизировано [23]). Исторія показываетъ, что право никогда не находится въ разладѣ со всѣмъ направленіемъ народной жизни. Потому мы имѣемъ полное основаніе предполагать, что общенародное право носитъ на себѣ слѣды гелленизма.

Греческая цивилизація въ тотъ періодъ, о которомъ теперь идетъ рѣчь, сравнительно съ римскою отличалась гораздо бо̀льшей свободой и мягкостью міровоззрѣнія. Эта свобода и мягкость должна была придать всему быту Грековъ, между прочимъ и быту юридическому, характеръ естественности, понимая эту послѣднюю въ смыслѣ такого отношенія къ явленіямъ жизни, которое свободно отъ строгаго подчиненія правиламъ, обязательнымъ по преданію, и руководится болѣе требованіями самой природы вещей. Думаемъ, что, высказывая это положеніе о бо̀льшей естественности греческаго быта, мы выражаемъ общепризнанную мысль [24]). Для подкрѣпленія ея однако укажемъ на греческую философію, системы которой почти всегда отражаютъ на себѣ состояніе современнаго имъ общества или сами оказываютъ сильное вліяніе на это послѣднее. При самомъ поверхностномъ взглядѣ на нихъ можно замѣтить, что и софисты и Сократъ и

---

[23]) Доказательства см. у Моммзена Röm. Gesch. I. 859—940. II. 407 слѣд. (6-е изд.).

[24]) Относительно греческаго права сошлемся на Paul Gide Etude sur la condition privée de la femme dans le droit ancien et moderne. Paris. 1867 стр. 69—72.

Платонъ и Аристотель и стоики болѣе или менѣе ясно высказываютъ одну и туже мысль, что истинное право есть то, которое основывается на природѣ человѣка.

Имѣя въ виду такой характеръ греческой цивилизаціи и сильное вліяніе этой послѣдней на римское общество, мы имѣемъ основаніе думать, что и общенародное право носитъ на себѣ тотъ же характеръ, т. е. что отличительная черта этого права состоитъ въ естественности, въ соотвѣтствіи его правилъ и институтовъ съ природою жизненныхъ отношеній, имъ регулируемыхъ. Мы не хотимъ этимъ сказать, что преторъ и юристы, создавая общенародное право, сознательно руководились указаннымъ принципомъ философіи. Выше мы уже указали, что они прежде всего и главнымъ образомъ руководствовались требованіями самой практической жизни. Но дѣло въ томъ, что самая жизнь эта, будучи вполнѣ проникнута духомъ гелленской цивилизаціи, безсознательно вела римскихъ юристовъ по тому же самому пути, который сознательно, но въ отвлеченной формѣ былъ указанъ греческими философами [25]).

Этотъ апріористическій выводъ подтверждается при разсмотрѣніи главнѣйшихъ институтовъ общенароднаго права. Такъ, въ формѣ сдѣлокъ этого права мы вовсе не встрѣчаемъ той искусственности, тяжело-

---

[25]) Мэнъ ук. соч. стр. 56—58 отличительной чертой общенароднаго права считаетъ aequitas, понимая это слово въ буквальномъ значеніи уравнительности: онъ находитъ, что сравнительно съ цивильнымъ правомъ jus gentium отличается стремленіемъ сглаживать различія, установленныя первымъ. Мэнъ не идетъ дальше этого замѣчанія, но не трудно усмотрѣть, что результатомъ уравненія является большая естественность институтовъ.

ватости и сложности, какъ въ цивильномъ правѣ. Возьмемъ напр. способы пріобрѣтенія права собственности и сопоставимъ цивильныя mancipatio и in jure cessio со способами общенароднаго права—traditio, perceptio и specificatio. Въ послѣднихъ трехъ мы не замѣчаемъ ничего, что бы не стояло въ самой тѣсной, неизбѣжной связи съ самой цѣлью этого акта, что̀ бы не лежало въ самой природѣ жизненнаго отношенія. Это послѣднее состоитъ въ пріобрѣтеніи реальнаго господства надъ вещью,—и право утверждаетъ только тѣ именно дѣянія, безъ которыхъ такое господство не мыслимо. Еще болѣе бросается въ глаза соотвѣтствіе общенароднаго права существу жизненныхъ отношеній въ случаѣ такъ называемой traditio brevi manu: я даю кому нибудь свою вещь въ наемъ, ссуду или поклажу; но затѣмъ между мною и моимъ контрагентомъ устанавливается соглашеніе о перенесеніи на этого послѣдняго собственности на означенную вещь; такъ какъ вещь уже находится во владѣніи пріобрѣтателя, то для перенесенія собственности, по общенародному праву, достаточно одного выраженія воли прежняго собственника. Между тѣмъ цивильное право во всѣхъ приведенныхъ случаяхъ, вмѣсто простаго акта, необходимаго для пріобрѣтенія реальнаго господства надъ вещью, установляетъ цѣлую массу движеній и торжественныхъ словъ.

Далѣе, возьмемъ способъ договорнаго установленія обязательствъ; сопоставимъ напр. цивильныя sponsio и nexum со сдѣлками общенароднаго права, съ контрактами консензуальными и реальными. Существо договора состоитъ въ соглашеніи: консензуальные контракты ничѣмъ инымъ и не установляются, какъ простымъ

соглашеніемъ; реальные правда присоединяютъ къ нему еще передачу вещи; но этотъ прибавокъ вовсе не излишество, ибо того требуетъ природа этихъ контрактовъ: при займѣ, поклажѣ, ссудѣ и закладѣ должникъ обязанъ представить вѣрителю извѣстную вещь потому, что прежде получилъ ее отъ этого послѣдняго на условіи возвращенія. Между тѣмъ, какою искусственною обрядностью обставлено соглашеніе при nexum и sponsio! Даже цивильныя формы, когда онѣ переносятся въ общенародное право, усвоиваютъ себѣ болѣе или менѣе полно характеристическую черту этого права. Такъ, стипуляція, какъ договорная форма общенароднаго права, могла быть совершаема на всякомъ языкѣ, тогда какъ въ цивильномъ правѣ — только на латинскомъ и даже можетъ быть только посредствомъ словъ „Spondes? Spondeo" [26]).

Бо̀льшую естественность общенароднаго права сравнительно съ цивильнымъ мы замѣчаемъ и на ф о р м а х ъ п р о ц е с с а. Производство per legis actiones (процессъ цивильнаго права) состоитъ изъ совершенія различныхъ жестовъ и произнесенія торжественныхъ словъ; всѣ эти акты заранѣе установлены во всѣхъ мельчайшихъ подробностяхъ, и малѣйшая ошибка въ нихъ влечетъ за собою потерю иска. Напротивъ при производствѣ per formulas (процессъ общенароднаго права) стороны въ свободной рѣчи излагаютъ свои требованія и возраженія, которыя затѣмъ магистратъ излагаетъ письменно, хотя и съ соблюденіемъ извѣстныхъ формъ, но такихъ, которыя стоятъ въ весьма тѣсной связи съ природою иска.

---

[26]) Gai. III. 93.

Естественность общенароднаго права обнаруживается нетолько въ формахъ сдѣлокъ и процесса, но и въ матерьяльныхъ принципахъ. Оно въ своихъ институтахъ даетъ обширнѣйшее примѣненіе принципу добросовѣстности (bona fides). Введеніе этого новаго элемента въ право повлекло за собою юридическое признаніе такихъ сторонъ въ юридическихъ отношеніяхъ, которыя прежде, въ цивильномъ правѣ, не пользовались никакою защитой, несмотря на свое существенное значеніе въ жизни. Въ древнемъ jus civile права и обязанности опредѣлялись тѣмъ, что̀ было сказано при совершеніи извѣстнаго юридическаго дѣйствія (quod dictum est)[27]. Въ проведеніи этого принципа цивильное право оставалось неумолимо послѣдовательнымъ даже вопреки матерьяльной справедливости. Поэтому напр. если римскій гражданинъ, по ошибкѣ считая себя должнымъ, обѣщалъ кому нибудь въ формѣ стипуляціи заплатить мнимый долгъ, то кредиторъ могъ, опираясь на стипуляцію, потребовать обѣщанную сумму, хотя бы ошибка и была обнаружена. Напротивъ, общенародное право, проникнутое бо̀льшею мягкостью, скорѣе склонно было отступать отъ строгости формальнаго принципа, чѣмъ давить живыя силы; говоря словами Цицерона, оно держалось „кроткаго, умѣреннаго правила, выражающагося въ словахъ: какъ можно справедливѣе"[28]. Поэтому оно прежде всего обращаетъ вниманіе не на то, что̀ ска-

---

[27]) Cic off III. 16. 65:—ex duodecim tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata.

[28]) Cic. Pro Q. Rosc. Comoed. 4. 11: Mite, moderatum Quantum aequius melius, id dari.

зано, а на **намѣреніе** лица, на **цѣль** дѣйствія (quod actum est). Такъ напр. въ приведенномъ выше случаѣ уплаты мнимаго долга общенародное право даетъ лицу, несправедливо потерпѣвшему имущественный ущербъ, возможность возвратить утраченное посредствомъ такъ называемой кондикціи недолжнаго (indebiti condictio)[29].

Далѣе, естественность общенароднаго права видна въ томъ, что оно гораздо болѣе, чѣмъ цивильное право, стремится къ **дифференцированію** юридическихъ отношеній, т. е. признаетъ чаще, чѣмъ цивильное право, самостоятельными такія отношенія, которыя въ жизни того времени считались способными къ самостоятельному существованію. Такъ напр. оно различаетъ, какъ самостоятельныя юридическія сдѣлки, договоръ купли-продажи, исполненіе его, т. е. передачу вещи покупщику, и затѣмъ пріобрѣтеніе собственности на купленную вещь. Въ древнемъ цивильномъ правѣ эти сдѣлки получали силу только тогда, когда они были соединены въ одинъ актъ манципаціи[30]. Другой примѣръ: общенародное право различаетъ, какъ самостоятельные контракты, поклажу, ссуду и закладъ. Въ древнемъ цивильномъ правѣ вмѣсто всѣхъ этихъ контрактовъ для достиженія трехъ различныхъ практическихъ цѣлей могла служить только одна неповоротливая сдѣлка, называемая fiducia: хотѣлъ ли римлянинъ отдать свою вещь на сохраненіе или въ безвозмездное пользованіе или въ обезпеченіе исправнаго

---

[29]) D. 12, 6. de cond. ind. fr. 47.

[30]) Впослѣдствіи правда было допущено нѣкоторое ослабленіе этого правила: передача могла и не соединяться съ манципаціей.

платежа долга, онъ долженъ былъ перенесть эту вещь въ квиритскую собственность своего контрагента; но такъ какъ онъ не имѣлъ намѣренія навсегда оставить свою вещь въ рукахъ депозитара, коммодатара или закладопринимателя, то онъ долженъ былъ какъ нибудь обезпечить себѣ возвращеніе вещи отъ новаго собственника, какъ скоро будетъ достигнута цѣль сдѣлки; для этого къ обряду перенесенія собственности нужно было присоединять еще одинъ актъ, посредствомъ котораго новый собственникъ обязывался снова перенесть вещь въ собственность прежняго ея обладателя. Изъ этого описанія можно видѣть, что fiducia далеко не соотвѣтствовала живому торговому обороту Рима въ разсматриваемый періодъ. Общенародное право подошло гораздо ближе къ требованіямъ этого оборота, установивши три самостоятельные контракта, прямо приспособленные къ тремъ различнымъ практическимъ цѣлямъ. Для той же цѣли—дифференцированія отношеній—общенародное право признаетъ и условіе (conditio), непризнававшееся древнимъ цивильнымъ правомъ. Этотъ институтъ далъ возможность оттѣнять различнымъ образомъ одну и туже сдѣлку, слѣдовательно еще вѣрнѣе отпечатлѣть на ней природу жизненнаго отношенія.

Надѣемся, что на приведенныхъ примѣрахъ, которые охватываютъ почти всю несомнѣнную область общенароднаго права, мы достаточно ясно обнаружили характеристическую черту этого права—стремленіе къ естественности.

Сопоставляя этотъ послѣдній результатъ съ добытыми раньше, мы можемъ выразить содержаніе всей

первой главы въ слѣдующемъ общемъ положеніи: общенародное право, существовавшее до классическихъ юристовъ, возникло въ повседневномъ всемірномъ торговомъ оборотѣ Рима, подъ сильнѣйшимъ вліяніемъ гелленизма, который придалъ этому праву его характеристическую черту—естественность.

ГЛАВА II.

Естественное право въ классической юриспруденціи.

Изучая отрывки, въ которыхъ сохранилось для насъ ученіе классическихъ юристовъ объ общенародномъ правѣ, мы вовсе не находимъ въ нихъ того понятія объ этомъ правѣ, которое мы только что установили въ предыдущей главѣ. Мы встрѣчаемъ въ нихъ многовидное сплетеніе общенароднаго права съ естественнымъ (jus naturale), сплетеніе, въ высшей степени затрудняющее пониманіе доктрины юрисконсультовъ и вызвавшее множество теорій, которыя имѣли цѣлью дать удовлетворительное объясненіе всей совокупности источниковъ, относящихся къ разсматриваемому нами вопросу. Очевидно, что ученіе классическихъ юристовъ о jus gentium содержитъ не одинъ только элементъ (практическое общенародное право), а два, изъ которыхъ второй, позднѣйшій по появленію на римской почвѣ, есть ученіе о естественномъ правѣ. Съ первымъ элементомъ мы познакомились въ предыдущей главѣ. Теперь мы должны познакомиться со вторымъ, также взятымъ самъ по себѣ, внѣ той комбинаціи, въ кото-

рую его поставили классическіе юристы. Мы считаемъ необходимымъ такое самостоятельное разсмотрѣніе естественнаго права потому, что это дастъ намъ возможность правильнѣе опредѣлить отношеніе, въ которое поставлены оба элемента въ ученіи классическихъ юристовъ.

Естественное право классической юриспруденціи стоитъ въ тѣсной связи съ господствомъ стоической философіи въ Римѣ. Эта связь двоякая. Во первыхъ, изъ стоической философіи римскіе юристы заимствовали самую теорію естественнаго права; во вторыхъ, это философское право получило въ Римѣ практическое значеніе, благодаря тому отчасти, что сама стоическая философія вообще или вѣрнѣе стоическая этика не осталась въ одной теоретической сферѣ, а сдѣлалась живою практической силой. Къ этимъ двумъ обстоятельствамъ прибавимъ еще одно: дошедшіе до насъ отрывки изъ сочиненій классич. юристовъ не представляютъ цѣльнаго изложенія ученія о естественномъ правѣ, такъ что по нимъ однимъ мы не можемъ получить полнаго представленія о взглядѣ юристовъ на этотъ предметъ, хотя изъ нихъ видно, что основныя черты ученія заимствованы у стоиковъ. Всѣ эти обстоятельства побуждаютъ насъ прежде всего сдѣлать краткій очеркъ философской системы стоиковъ. Съ помощью его мы восполнимъ въ нашемъ представленіи пробѣлы, представляемые юридическими источниками, и лучше поймемъ то вліяніе стоицизма на римское общество, о которомъ намъ придется говорить въ этой главѣ.

Процвѣтаніе стоической философіи растянулось на 4 вѣка. Начало ея относится къ 5-му вѣку отъ основанія Рима, а послѣдніе годы ея цвѣтущаго состоянія

ко 2-му в. по Р. Х. Начавшись и развившись въ Греціи, она была въ послѣдствіи перенесена въ Римъ, гдѣ пустила крѣпкіе корни. При этомъ она подверглась нѣкоторымъ измѣненіямъ. Отсюда для насъ возникаетъ затрудненіе, какой періодъ должны мы избрать для своего изложенія. Такъ какъ стоицизмъ имѣетъ для насъ интересъ не самъ по себѣ, а лишь по своему вліянію на римское общество и въ особенности на римскихъ юристовъ, то мы и возьмемъ его въ послѣдній періодъ, когда онъ развился на римской почвѣ — въ лицѣ Цицерона, Сенеки, М. Аврелія, Эпиктета и др. Главнымъ источникомъ намъ будетъ служить Цицеронъ, такъ какъ онъ полнѣе и систематичнѣе прочихъ изложилъ начала стоической философіи [31]). Это впрочемъ не помѣшаетъ намъ обращаться и къ греческимъ стоикамъ въ тѣхъ случаяхъ, когда ихъ ученіе было принято въ Римѣ безъ измѣненія.

Хотя нашъ очеркъ будетъ кратокъ, мы все таки коснемся въ немъ всѣхъ пунктовъ, которые могутъ бросить свѣтъ на ученіе юристовъ о естественномъ правѣ. Сначала мы изложимъ общіе этическіе принципы стоиковъ, а за тѣмъ перейдемъ къ понятію объ общечеловѣческомъ союзѣ, естественномъ правѣ, его свойствахъ, основныхъ правилахъ, средствахъ его распознаванія и его отношеніи къ положительному праву [32]).

[31]) Главныя сочиненія его, относящіяся сюда, суть: «De finibus bonorum et malorum», «De officiis», «De republica» и «De legibus».

[32]) Пособіемъ при изложеніи ученія стоиковъ намъ послужили слѣдующія сочиненія: Überweg — Grundrisz der Geschichte der Philosophie; Voigt—Das jus naturale etc. I. (очеркъ философскихъ системъ); Lecky—Sittengeschichte Europas von Augustus bis auf Karl den Grossen (перевелъ съ англійскаго Jolowicz). Leipz. u. Heid. 1870. I. 2-я гл.; Schaaff

По ученію стоиковъ весь міръ состоитъ изъ двухъ элементовъ: матеріи и силы. Матерія сама по себѣ неподвижна и безформенна. Но ею движетъ, придаетъ ей форму, управляетъ духовная сила, или иначе Богъ. Это отношеніе Бога къ матеріи, или, чтò тоже, къ природѣ проявляется такимъ образомъ: Богъ проникаетъ всю природу, всегда присутствуетъ во всѣхъ частяхъ ея. Онъ установляетъ въ ней порядокъ по извѣстному закону, который есть продуктъ его разума. Этотъ законъ, какъ присущій Богу, вмѣстѣ съ нимъ проникаетъ всю природу и потому называется закономъ природы, или естественнымъ [33]).

Естественный законъ, смотря по тому, въ какой области онъ проявляется, бываетъ закономъ физическимъ, логическимъ или этическимъ. Насъ интересуетъ послѣдній. Онъ предписываетъ людямъ, чтò должно дѣлать и отъ чего воздерживаться, научаетъ различать добро отъ зла. Поэтому стоики свое первое основное этическое правило выражаютъ такъ: живи согласно съ закономъ природы, или просто—согласно съ природой [34]). Такимъ образомъ мы видимъ, что стоики принадлежатъ къ безусловнымъ моралистамъ: они рекомендуютъ правило жизни не потому, что оно ведетъ къ блаженству, а потому, что оно есть предписаніе Божества, или высшаго разума.

Gratama—Dissertatio juridica inauguralis qua exponuntur M. Tullii Ciceronis philosophiae de jure, civitate et imperio principia. Groningae. 1827; Чичеринъ—Исторія политическихъ ученій. Ч. I.

[33]) Cic. De natura deorum. II. 11, 13, 14, 17, 30, 31. Изъ этихъ мѣстъ также видно, что Цицеронъ слово natura употребляетъ въ одинаковомъ смыслѣ съ словомъ Богъ, т. е. природа является у него разумной силой, управляющей вселенною.

[34]) Voigt. Jus naturale I. стр. 133—136, 138.

Но какъ же человѣкъ можетъ познать этотъ законъ природы? Съ помощью своего здраваго разума. Это второе основное правило стоиковъ. Всеобщій естественный законъ проникаетъ всю природу, слѣдовательно и человѣка, какъ часть природы. Онъ находитъ свое сѣдалище въ душѣ человѣка, именно въ той ея части, которая называется разумомъ. По ученію нѣкоторыхъ стоиковъ (греческихъ), разумъ человѣческій въ началѣ подобенъ чистой, неисписанной доскѣ. Но постепенно въ немъ начинаютъ отпечатлѣваться образы, какъ бы механическіе оттиски, всего существующаго въ мірѣ нравственномъ и физическомъ. Эти оттиски служатъ основаніемъ для представленій человѣка. Такимъ образомъ, если человѣкъ обладаетъ здоровымъ разумомъ, онъ можетъ имѣть правильное представленіе о природѣ, а вмѣстѣ съ тѣмъ и о законѣ, управляющемъ ею, слѣдовательно и о законѣ этическомъ [35]). Цицеронъ въ этомъ пунктѣ отступаетъ отъ ученія греческихъ стоиковъ. Онъ полагаетъ, что знаніе закона природы въ основныхъ своихъ чертахъ прирождено человѣку; но знакомство съ нимъ во всѣхъ подробностяхъ можетъ быть пріобрѣтено только усерднымъ изученіемъ его [36]).

---

[35]) Voigt. Тамъ же стр. 137.

[36]) Voigt. тамъ же стр. 181. not. 250; 187. not. 266. Мы потому упомянули здѣсь о средствахъ, которыя рекомендовали стоики для познанія естественнаго закона, что впослѣдствіи намъ придется говорить о средствахъ, съ помощью которыхъ римскіе юристы открывали правила естественнаго права: сравнивая пріемы стоиковъ и юристовъ, мы будемъ имѣть случай убѣдиться, какъ римскіе юристы, усвоивая себѣ основные принципы стоицизма, съумѣли выработать самостоятельные, болѣе плодотворные пріемы для приложенія этихъ принциповъ въ области права.

Познаніе естественнаго этическаго закона человѣкъ долженъ начать съ изученія своей собственной природы. Каковы же существенныя черты человѣческой природы? Человѣкъ состоитъ изъ тѣла и души. Въ душѣ въ свою очередь различаются двѣ части: чувства (sensus), т. е. способность воспринимать впечатлѣнія посредствомъ внѣшнихъ органовъ, и разумъ (ratio). Чувства у насъ общи съ животными; разумъ же составляетъ исключительное достояніе человѣка. Разумъ есть высшая сторона человѣческой природы, поэтому на его развитіе человѣкъ долженъ обращать преимущественное вниманіе [37]).

Это послѣднее положеніе Цицерона о превосходствѣ разума надъ чувствами было высказываемо другими стоиками гораздо рѣзче, и изъ него было сдѣлано очень важное заключеніе. Мы уже выше замѣтили, что, по ученію стоиковъ, разумъ служитъ человѣку средствомъ къ познанію естественнаго закона, а такъ какъ этотъ законъ долженъ быть для человѣка правиломъ жизни, то отсюда они заключали, что человѣкъ въ своей жизни долженъ руководиться только указаніями разума, слѣдовательно онъ долженъ быть глухъ къ голосу какого бы то ни было чувства. Чувства они считали особаго рода болѣзнью.

Это общее правило (одно изъ основныхъ въ стоической этикѣ) имѣетъ для насъ особый интересъ, какъ это будетъ видно впослѣдствіи. Поэтому мы приведемъ нѣсколько частныхъ приложеній его, въ которыхъ выясняется его истинный смыслъ. Сенека сра-

---

[37]) Cic. de Finib. V, 12, 34; 13, 36; 21, 59. Tusc. disput. II, 21, 47. De natura deor. II, 12, 34. De off. I, 4, 11. De leg. I, 9, 26. Срв. Voigt. Jus nat. I. стр. 181. not. 250.

виваетъ милость съ мягкосердечіемъ: первую онъ считаетъ одною изъ высшихъ добродѣтелей, вторую— слабостью. „Милость, говоритъ онъ, есть наклонность быть мягкимъ въ наказаніи. Она есть смягченіе, которое понижаетъ заслуженное наказаніе, она есть противуположность жестокости, которая есть ничто иное, какъ жесткость въ наказаніи. Мягкосердечіе стоитъ къ милости въ такомъ же отношеніи, какъ суевѣріе къ религіи. Оно есть недостатокъ мелкой души, которая теряетъ твердость при видѣ чужихъ страданій. Милость есть актъ разсужденія, а мягкосердечіе мѣшаетъ разсужденію. Мягкосердечіе смотритъ не на основаніе вещи, а на состояніе; милость опирается на разумъ. Мягкосердечіе есть смущеніе души при видѣ чужаго страданія. Мудрый же не смущается. Его душа ясна, и ничто не можетъ помрачить ее“. „Онъ будетъ осушать слезы другихъ, но не проливать свои вмѣстѣ съ ними; онъ дастъ руку потерпѣвшему крушеніе; пріютъ изгнаннику, свою лепту нуждающемуся.... Плачущей матери онъ возвратитъ сына, сниметъ съ него цѣпи и освободитъ отъ боя съ дикими звѣрями; онъ похоронитъ тѣло преступника. Но все это онъ будетъ дѣлать со спокойнымъ духомъ, съ неизмѣнившимся лицомъ. Такимъ образомъ мудрый не будетъ мягкосердеченъ, но онъ всегда будетъ готовъ явиться на помощь, на услугу, для поддержки другихъ и общаго блага, въ которомъ онъ каждому дастъ подобающую ему часть.... Онъ не потупитъ своихъ очей и не смутится душой при видѣ согражданина исхудалаго и въ лохмотьяхъ или старика, опирающагося на костыль; но онъ будетъ служить каждому достойному человѣку, а на жалкаго будетъ, подобно

богамъ, взирать милостиво.... Только слабые глаза наполняются слезами при видѣ гнойныхъ глазъ другаго, точно также, какъ не веселость, а болѣзненность заставляетъ смѣяться тамъ, гдѣ смѣются, и драть себѣ ротъ тамъ, гдѣ всѣ зѣваютъ" [38]).

Разуму человѣческому прирождены четыре основныя способности: стремленіе къ истинѣ, стремленіе къ общежитію, основанное на прирожденной любви къ людямъ (Cic. Rep. I, 1. Leg. I, 15, 43), стремленіе къ независимости и наконецъ стремленіе къ прекрасному и пристойному [39]). Человѣкъ можетъ совершенствовать эти способности разума и, достигая высшей степени ихъ совершенства, онъ приближается къ высшему разуму (ratio summa, recta [40]).

Чтобы быть добродѣтельнымъ, т. е. чтобы осуществлять требованія нравственнаго идеала, необходимо жить согласно описаннымъ основнымъ чертамъ человѣческой природы. Человѣку недостаточно познавать свою природу, онъ долженъ осуществлять познаваемое въ своей дѣйствительной жизни [41]). Внутреннее настроеніе человѣка само по себѣ не имѣло значенія

---

[38]) Lecky Sittengeschichte Europas. I. 171—174. Это суровое ученіе было значительно смягчено позднѣйшими стоиками, какъ мы объ этомъ скажемъ ниже. Здѣсь же замѣтимъ только, что смягченіе это относится именно къ тому времени, когда стоицизмъ сталъ оказывать сильное вліяніе на классическую юриспруденцію.

[39]) Cic. off I, 4. Voigt. I. 183.

[40]) См. Schaaff Gratama ук. соч. стр. 60. Voigt. I. 187. 188.

[41]) Cic. Rep. I, 2: Nec vero habere virtutem satis est, quasi artem aliquam, nisi utare. Etsi ars quidem, quum ea non utare, scientiâ tamen ipsa teneri potest; virtus in usu sui tota posita est.—De off. I, 43, 153:... Cognitio contemplatioque naturae manca quodammodo atque inchoata sit, si nulla actio rerum consequatur.

въ глазахъ стоиковъ. Исходя изъ такого понятія о добродѣтели, стоики постоянно рекомендовали своимъ послѣдователямъ принимать дѣятельное участіе въ государственной жизни. Когда Плиній младшій жаловался стоику Евфрату, что занятія по должности не оставляютъ ему времени для философскихъ занятій, то Евфратъ отвѣчалъ ему, что государственная дѣятельность составляетъ важнѣйшую часть философіи, такъ какъ этимъ путемъ возможно осуществленіе принциповъ стоицизма [42]). По той же причинѣ и Цицеронъ смотритъ на философію не какъ на средство только къ познанію природы, но какъ на силу, помогающую человѣку быть добродѣтельнымъ [43]).

Мы обращаемъ вниманіе читателя на это понятіе стоиковъ о добродѣтели, равно какъ и на ихъ ученіе о господствѣ разума надъ чувствами: какъ мы увидимъ ниже, этимъ двумъ характеристическимъ чертамъ стоицизмъ былъ обязанъ своею распространенностью въ римскомъ обществѣ.

Отъ общихъ этическихъ принциповъ переходимъ къ ученію стоиковъ о правѣ. Мы видѣли, что Цицеронъ въ числѣ способностей человѣческаго разума различаетъ стремленіе человѣка къ общежитію, основывающееся на врожденной ему любви къ себѣ подобнымъ. Осуществленіе этой способности разума составляетъ одну изъ добродѣтелей, которую Цицеронъ называетъ общимъ именемъ — справедливость (justitia). Эта добродѣтель имѣетъ какъ бы двѣ стороны: одна—справедливость, justitia въ тѣсномъ смы-

---

[42]) Lecky Sittengeschichte Europas. I. стр. 183.
[43]) Cic. De Leg. I, 22, 59 и 60.

слѣ, другая — благодѣяніе, beneficentia. Справедливость въ тѣсномъ смыслѣ состоитъ въ томъ, что мы себя любимъ не болѣе другихъ, уважаемъ чужую личность и чужое имущество, не увеличиваемъ своихъ выгодъ насчетъ выгодъ другаго; это отрицательная сторона отношенія къ людямъ, которая можетъ быть выражена правиломъ: воздай каждому свое (suum cuique tribuere). Благодѣяніе же, beneficentia, состоитъ въ положительномъ содѣйствіи благополучію другихъ; для осуществленія этой стороны добродѣтели человѣкъ долженъ руководиться правиломъ, что „ничто человѣческое ему не чуждо", т. е., что всѣ нужды и радости другихъ людей составляютъ для него живой интересъ, которому онъ готовъ содѣйствовать [44]). Отсюда видно, что справедливость, которая должна быть принципомъ права, у Цицерона, какъ и у всѣхъ древнихъ философовъ, понимается такъ широко, что захватываетъ область нравственности. Это смѣшеніе двухъ областей отразилось и на ученіяхъ классич. юристовъ. Впрочемъ оно имѣло ту хорошую сторорону, что живѣе поддержало въ этихъ послѣднихъ сознаніе о тѣсной связи права съ нравственностью и внушило имъ не мало возвышенныхъ воззрѣній на юридическія отношенія [45]).

Разсмотрѣнная нами способность человѣческаго разума и соотвѣтствующая ей добродѣтель справедливости дали Цицерону основаніе разсматривать человѣчество какъ единое цѣлое. Онъ разсуждаетъ такимъ

---

[44]) Schaaff Gratama. стр. 37. Voigt. I. 190.

[45]) См. объ этомъ Laferrière De l'influence du stoicisme sur la doctrine des jurisconsultes Romains. Paris. 1860.

образомъ. У всѣхъ людей одинаковая природа, одинаковый разумъ и даже одинаковое средство выражать свои мысли, т. е. способность рѣчи. Слѣдовательно всѣмъ людямъ одинаково присуща любовь къ себѣ подобнымъ и вытекающее отсюда стремленіе къ общежитію. Благодаря этому свойству человѣческой природы между всѣми людьми, живущими на землѣ, естественно установляется одинъ общечеловѣческій союзъ (societas hominum) [46]).

Это ученіе объ общечеловѣческомъ союзѣ принадлежитъ не одному Цицерону. Оно заимствовано имъ изъ греческой философіи, въ которой оно въ первый разъ было высказано Сократомъ и затѣмъ развиваемо почти всѣми послѣдующими философами [47]). Римскіе стоики занимаются имъ очень усердно: по справедливому замѣчанію Лэкки, они какъ будто стараются этимъ ученіемъ загладить мрачныя послѣдствія другаго своего ученія—о подавляющемъ господствѣ разума надъ чувствами. Сенека въ одномъ изъ своихъ писемъ (XCV) говоритъ: „мы суть члены великаго тѣла. Природа создала насъ родственными другъ другу, ибо произвела насъ изъ одного и того же элемента и для одной и той же цѣли. Она вложила въ насъ взаимную любовь, стремленіе къ общенію и чувство справедливости; ея правило гласитъ, что причинять вредъ хуже, чѣмъ терпѣть его, и ея властью руки наши предназначены для помощи..... Общество наше подобно каменному своду, который рушился бы, еслибы отдѣльные камни его не поддерживали другъ дру-

[46]) Schaaff Gratama стр. 34. 35. Voigt. I. стр. 240.

[47]) Voigt. I. 237.

га“ [48]). Въ другомъ письмѣ (XXXI) Сенека говоритъ: „что такое римскій всадникъ, вольноотпущенный, рабъ? Названія, порожденныя честолюбіемъ и несправедливостью“. Эпиктетъ говорилъ: „ты гражданинъ и часть міра.... Обязанность гражданина состоитъ въ томъ, чтобы ни въ чемъ не отдѣлять своего интереса отъ интереса другихъ, подобно тому, какъ рука или нога, еслибы они обладали разумомъ и понимали законъ природы, не сдѣлали бы и не пожелали бы ничего, что̀ бы не стояло въ какой нибудь связи съ остальнымъ тѣломъ“ [49]). Императоръ Маркъ Аврелій пошелъ еще далѣе въ опредѣленіи характера отношеній между членами общечеловѣческаго союза. По его ученію все человѣчество составляетъ единое государство, къ которому отдѣльныя государства относятся, какъ отдѣльныя семьи. Каждый человѣкъ есть членъ этого великаго цѣлаго и, какъ таковой, онъ обязанъ содѣйствовать общему благу. Маркъ Аврелій предписываетъ любовь къ ближнему, даже еслибы онъ былъ врагъ нашъ. Про себя императоръ говорилъ: „какъ Антонинъ, я гражданинъ Рима, какъ человѣкъ — я гражданинъ вселенной“ [50]).

Общечеловѣческій союзъ, какъ естественно истекающій изъ человѣческой природы, находится подъ управленіемъ того же самаго закона природы, который управляетъ всѣмъ міромъ и исходитъ отъ высшаго, божественнаго разума. Совокупность предписаній этого естественнаго закона, опредѣляющихъ

---

[48]) Voigt. I. 248.
[49]) Lecky. Sittengeschichte. I. стр. 220.
[50]) Voigt. I. 248.

отношенія людей между собою, называется естественнымъ правомъ (jus naturale) [51]).

Изъ этого понятія о естественномъ правѣ сами собой вытекаютъ его существенныя свойства: 1, оно остается неизмѣннымъ во всѣ времена, ибо установлено не человѣческимъ произволомъ, а высшимъ разумомъ, или Богомъ; 2, какъ примѣнимое ко всѣмъ людямъ, оно примѣняется и во всѣхъ государствахъ. Естественное право, по воззрѣнію стоиковъ, было обще только однимъ людямъ; они не раздѣляли мнѣнія нѣкоторыхъ другихъ философовъ, признававшихъ естественное право, общее людямъ съ животными [52]). Что касается до средствъ распознаванія правилъ естественнаго права, то они суть тѣ же, какъ и средства познаванія вообще закона природы, такъ какъ естественное право есть часть этого послѣдняго. О познаваніи же закона природы было уже сказано нами.

Основныя правила естественнаго права, какъ ихъ опредѣляетъ Цицеронъ, суть слѣдующія: 1) не вреди другому, если онъ самъ не нарушилъ твоего права (ne cui quis noceat, nisi lacessitus injuria). Это правило Цицеронъ повидимому относитъ только къ личнымъ правамъ, а не къ имущественнымъ, какъ объ

---

[51]) Voigt. I. 191. Cic. De Leg. I. 6: Nunc juris principia videamus. Jgitur doctissimis viris proficisci placuit a lege: haud scio, an recte, si modo, ut iidem definiunt, lex est ratio summa insita in natura, quae jubet ea, quae facienda sunt, prohibetque contraria. Eadem ratio quum est in hominis mente confirmata et confecta, lex est. Itaque arbitrantur, prudentiam esse legem, cujus ea vis sit, ut recte facere jubeat, vetet delinquere..... a lege ducendum est juris exordium: ea est enim naturae vis, ea mens ratioque prudentis; ea juris atque injuriae regula.

[52]) Voigt. I. 192.

этомъ можно судить по сравненію со вторымъ правиломъ.

2) Общимъ и частнымъ имуществомъ пользуйся сообразно съ назначеніемъ того и другаго (ut communibus utatur pro communibus, privatis ut suis), т. е. общимъ имуществомъ пользуйся такъ, чтобы и другіе имѣли въ немъ свою долю; частнымъ же имуществомъ пользуйся исключительно, если оно принадлежитъ тебѣ, но не прикасайся къ имуществу другаго.

3) Люди должны доставлять другъ другу всякаго рода пользу, стараясь дѣлать другихъ участниками въ такихъ выгодахъ, которыя могутъ быть дѣлимы. Это правило Цицеронъ основываетъ на томъ соображеніи, что всѣ земныя блага созданы для людей, а люди другъ для друга. Основаніемъ для всѣхъ отношеній этого рода должна служить добросовѣстность (fides), твердость въ своемъ словѣ (dictorum conventorumqne constantia et veritas) [53]).

Въ заключеніе для насъ не безъинтересно разсмотрѣть вопросъ: въ какое отношеніе ставили стоики естественное право къ положительному? Древнѣйшіе стоики, греческіе, повидимому не подвергали этотъ вопросъ обстоятельному разсмотрѣнію, такъ какъ они, по примѣру прочихъ греческихъ философовъ, не дѣлали попытокъ дать своей теоріи практическое приложеніе. Что касается до Цицерона, то хотя выраженія его объ этомъ предметѣ далеко не опредѣленны, однако мы съ достаточной достовѣрностью можемъ придти къ слѣдующимъ заключеніямъ: въ теоріи онъ того мнѣнія, что естественное право должно пользо-

[53]) Cic. De off. I. 7. Schaaf Gratama 46—48.

ваться безусловнымъ примѣненіемъ, что положительное право каждаго государства должно имѣть силу лишь тогда, когда оно не противорѣчитъ праву естественному [54]). Но это было только теоретическое воззрѣніе Цицерона. Какъ человѣкъ, вращавшійся постоянно въ практическихъ сферахъ жизни, онъ очень хорошо видѣлъ, что его время еще не созрѣло для того, чтобы можно было съ успѣхомъ попытаться потребовать для естественнаго права въ дѣйствительной практической жизни такой же обязательной силы, какъ и для положительнаго, цивильнаго права: общество еще не пропиталось идеями греческой философіи, и юриспруденція, хотя и знакомая съ ученіемъ о естественномъ правѣ, не дѣлала однако изъ него еще почти никакого практическаго примѣненія [55]). Этимъ и объясняется, почему Цицеронъ, говоря въ одномъ мѣстѣ о бо̀льшей обязательности естественнаго права сравнительно съ цивильнымъ, въ другомъ прямо говоритъ, что естественное право въ его время не пользуется значеніемъ положительнаго права [56]).

Однако нельзя сказать, чтобы Цицеронъ не признавалъ за естественнымъ правомъ никакого практическаго значенія. Онъ считалъ его матерьяльнымъ источникомъ положительнаго права, т. е. источникомъ, изъ котораго это послѣднее черпало содержаніе многихъ своихъ правилъ. Поэтому естественное право могло служить средствомъ къ истолкованію этихъ правилъ [57]).—

---

[54]) Cic. Leg. II, 5, 11 и 13; 6, 14.
[55]) См. Voigt. Jus nat. I § 43.
[56]) Inv. II, 22, 67.
[57]) De Invent. II, 53, 160; 22, 67.

Послѣ этого краткаго очерка стоическаго ученія переходимъ къ ученію самихъ классическихъ юристовъ о естественномъ правѣ. Изложеніе его (уже само по себѣ) будетъ въ тоже время служить доказательствомъ того, что оно заимствовано юристами у стоиковъ. Едвали нужно много распространяться о томъ, что отдѣльныя части этого ученія будутъ заимствованы у различныхъ юристовъ: отрывочный характеръ источниковъ не позволяетъ намъ представить связное и цѣльное ученіе каждаго юриста отдѣльно. Порядокъ изложенія будетъ тотъ же, какъ и въ предшествующемъ очеркѣ, съ измѣненіями, которыхъ потребуетъ свойство самыхъ источниковъ.

Начнемъ съ Марціана, такъ какъ онъ одинъ изъ всѣхъ юристовъ восходитъ до самыхъ послѣднихъ основъ естественнаго права. Его ученіе несомнѣнно заимствовано у стоиковъ, ибо онъ говоритъ собственными словами стоика Хризиппа. Fr 2. D. 1, 3. de legibus, заимствованный изъ Институцій Марціана, содержитъ въ себѣ слѣдующія слова помянутаго философа: „законъ есть царь всѣхъ вещей божескихъ и человѣческихъ. Онъ же долженъ быть высшимъ руководителемъ въ различеніи добраго отъ злаго, а сообразно этому и правиломъ, опредѣляющимъ право и неправо для существъ, соединенныхъ въ естественное общество, правиломъ, предписывающимъ, что̀ должно дѣлать и запреща́ющимъ что̀ либо не дѣлать“ [58]). Въ этихъ словахъ законъ природы представленъ

---

[58]) Послѣдняя половина мѣста передана согласно латинскому переводу, предлагаемому Фойгтомъ (Jus nat. I, стр. 136 и 276 not. 432): «et secundum hoc regulam esse juris et injuriae ipsorum naturali

въ трехъ, постепенно съуживающихся, сферахъ его господства: сначала онъ является управляющимъ всей вселенной (царь всѣхъ вещей божескихъ и человѣческихъ); затѣмъ онъ разсматривается, какъ общій этическій законъ (различающій доброе отъ злаго), и наконецъ — какъ норма, опредѣляющая отношенія людей, соединенныхъ въ одинъ общечеловѣческій союзъ, т. е. какъ естественное право. Очевидно мы здѣсь имѣемъ передъ собой въ сжатомъ видѣ то самое ученіе о естественномъ правѣ, которое было изложено выше [59]). Мы имѣемъ въ Дигестахъ нѣсколько отрывковъ, въ которыхъ Марціанъ дѣлаетъ частное примѣненіе изъ своего общаго ученія. Такъ, въ первой книгѣ своихъ Институцій, изъ которыхъ взято и вышеприведенное мѣсто, говоря о томъ случаѣ, когда вольноотпущенный въ силу императорскаго рескрипта получаетъ такъ называемое возстановленіе въ то состояніе, въ которомъ былъ рожденъ (natalium restitutio), т. е. признается свободнорожденнымъ (ingenuus) [60]), Марціанъ замѣчаетъ: „вольноотпущенный конечно возстановляется въ то состояніе, въ которомъ нѣкогда были всѣ люди, а не въ то, въ которомъ онъ самъ родился, такъ какъ онъ былъ рожденъ

---

societate conjunctorum animantium». (Versio vulgata выражаетъ это мѣсто иначе: «et s. h. r. esse justorum et injustorum, et eorum, quae natura civilia sunt, animantium.

[59]) Ср. Voigt. Jus nat. I. § 54. Этотъ писатель приписываетъ Марціану § 2 и 11. J. I, 1. de jure nat., gent. et civ. (См. Beilage V. т. I. стр. 566). Доводы Фойгта дѣлаютъ такую догадку весьма вѣроятною, но не несомнѣнною, и потому мы не рѣшаемся воспользоваться ею для пополненія ученія Марціана.

[60]) См. Zimmern Geschichte des R. Privtr. 1826. т. I, отд. 2-е § 216.

рабомъ" [61]). Здѣсь очевидно заключается намекъ на тотъ золотой вѣкъ, когда естественное право, признающее равенство всѣхъ людей, господствовало исключительно [62]). Въ 3-ей кн. Институцій Марціанъ приводитъ правило естественнаго права, по которому воздухъ, текучая вода, море и его берега составляютъ общее достояніе всѣхъ людей [63]). Въ 7-й кн. того же сочиненія онъ рѣшаетъ одинъ практическій вопросъ изъ области наслѣдственнаго права, основываясь на свойствахъ человѣческой природы [64])

Изъ сказаннаго достаточно ясно понятіе Марціана о естественномъ правѣ и несомнѣнно, что это понятіе заимствовано имъ у стоиковъ. Переходимъ къ другимъ юристамъ. Изъ всѣхъ принадлежащихъ имъ мѣстъ видно, что они признаютъ существованіе естественнаго права и что, по ихъ понятію, это есть право, установляемое естественнымъ разумомъ (ratio naturalis) т. е. разумной силой, присущей вещамъ и установляющей въ нихъ порядокъ [65]). Такъ Гай говоритъ: „то право, которое естественный разумъ установляетъ между всѣми людьми, одинаково примѣняется у всѣхъ народовъ и называется общенароднымъ правомъ" (Inst I, 1). Правда, что Гай здѣсь отождествляетъ естественное право съ общенароднымъ, но для настоящаго вопроса это несущественно; здѣсь для насъ пока достаточно знать, что онъ признаетъ существованіе естественнаго права и опредѣляетъ

---

[61]) D. 40, 11. fr. 2.

[62]) Ср. J. 1,2. § 2. D. 1, 1. fr. 4 и 5.

[63]) D. 1, 8. fr. 2.

[64]) D. De. legatis. III. fr. 65. § 3.

[65]) Ср. Voigt. I. 272.

его понятіе [66]). Почти въ тѣхъ же выраженіяхъ Гай говоритъ о естественномъ правѣ въ другомъ своемъ сочиненіи [67]). Признаніе естественнаго разума за источникъ юридическихъ правилъ встрѣчается у Гая въ безчисленномъ множествѣ случаевъ.

Юрисконсультъ Павелъ точно также признаетъ существованіе естественнаго права, но опредѣленіе, которое онъ даетъ ему, имѣетъ въ виду не источникъ, а одно изъ его свойствъ или признаковъ: „естественное право есть то", говоритъ онъ, „которое остается вѣчно справедливымъ (quod semper aequum ac bonum est [69])". Однако Павелъ нерѣдко для отысканія юридическаго правила, подобно Гаю, обращается къ естественному разуму, что даетъ намъ основаніе утверждать, что и онъ этотъ разумъ считалъ источникомъ естественнаго права [70]). Ульпіанъ точно также признаетъ существованіе естественнаго права и точно также, какъ и Павелъ, выводитъ юридическое правило изъ естественнаго разума [71]). Иногда юристы вмѣсто выраженія „естественное право" (jus naturale) гово-

---

[66]) Объ отождествленіи естественнаго права съ общенародными мы будемъ говорить въ 3-й главѣ.

[67]) D. 41, 1, fr. I. (Lib 2. Aureorum): Quarundam rerum dominium nanciscimur jure gentium, quod ratione naturali inter omnes homines peraeque servatur. Названіе естественнаго права общенароднымъ не должно смущать насъ. У того же писателя есть мѣста, гдѣ онъ право, установляемое естественнымъ разумомъ, называетъ его настоящимъ именемъ—jus naturale. См. напримѣръ Gai. Inst. II. 65 и 66.

[69]) D. 1, 1. fr. 11.

[70]) См. напр. D. 9, 2. fr. 4; 48, 20. fr. 7. pr.; 5, 3. fr. 36. § 5; 17, 2. fr. 83.

[71]) D. 50, 17. fr. 32; 9, 2. fr. 50;—25, 3. fr. 5 § 16.

рятъ „естественный законъ“ (lex naturalis), но обозначаютъ этимъ тоже самое понятіе [72]).

Понятіе трехъ послѣдне-названныхъ юристовъ о естественномъ правѣ, установляемомъ естественнымъ разумомъ, носитъ на себѣ слѣды сильнаго вліянія стоицизма. Припомнимъ, что, по ученію стоиковъ, божественный разумъ проникаетъ всю вселенную и управляетъ ею посредствомъ закона, изъ него самого истекающаго; этотъ естественный законъ, въ примѣненіи къ общечеловѣческому союзу, становится естественнымъ правомъ: сходство такъ очевидно, что не требуетъ дальнѣйшихъ поясненій.

Но, продолжая сравнивать выраженія стоиковъ (именно сочиненія Цицерона), употребляемыя ими при изложеніи ихъ этическихъ и юридическихъ ученій, съ выраженіями, употребляемыми классическими юристами, мы увидимъ, что ученіе стоиковъ оказало на дѣятельность юристовъ гораздо болѣе глубокое вліяніе, чѣмъ то, которое обнаруживаютъ вышеприведенныя общія теоретическія опредѣленія естественнаго права. Мы замѣтили при изложеніи стоической философіи, что Цицеронъ часто употребляетъ слово „природа“ (natura) для обозначенія „закона природы“. Кто хотя поверхностно читалъ классическихъ юристовъ, тотъ конечно замѣтилъ, какъ часто они употребляютъ тоже слово для обозначенія источника какого либо юридическаго правила. Мѣстъ, подтверждающихъ наше замѣчаніе, такое множество, что привести ихъ здѣсь всѣ нѣтъ возможности. Возьмемъ для примѣра лишь нѣкоторыя изъ нихъ.

---

[72]) D. 2, 14. fr. 27. § 2. f; 47. 2. fr. 1. § 3; 1, 5. fr. 24.

Право отражать силу силою, говоритъ Ульпіанъ, установлено природою. Постыдныя дѣянія бываютъ таковыми или отъ природы или въ силу права, существующаго въ извѣстномъ государствѣ; напр. воровство, прелюбодѣяніе постыдны отъ природы, а нарушеніе опекунскихъ обязанностей постыдно не по природѣ, а въ силу обычая, дѣйствующаго въ государствѣ [73]). По природѣ очевидно, говоритъ Гай, что издержки на поддержаніе здоровья раба лежатъ на фруктуарѣ также, какъ и издержки на его пропитаніе [74]). Папиніанъ говоритъ, что право дѣтей на наслѣдство послѣ родителей основывается не только на волѣ послѣднихъ, но и на требованіи природы [75]). Многія лица, утверждаетъ Павелъ, не могутъ владѣть одною и тою же цѣлою вещью, ибо противно природѣ, чтобы, когда я что либо держу, ты могъ также держать тоже самое [76]). Сервитуты, по словамъ Помпонія, не могутъ быть дѣлимы: пользованіе ими представляетъ такой цѣльный актъ, что кто его раздѣлитъ, извратитъ его природу [77]). Что̀ воспрещается природою вещей, то не было утверждено никакимъ закономъ [78]) (Цельзъ). Природа сервитутовъ такова, что они не могутъ подлежать владѣнію [79]) (Юліанъ). Законъ Помпея, говоритъ Венулей Сатурнинъ, установляющій наказаніе для убійцъ родителей, родственниковъ и па-

---

[73]) D. 43, 16. fr. 1. § 27; 50, 16. fr. 42.
[74]) D. 7, 1. fr. 45.
[75]) D. 38, 6. fr. 7 § 1.
[76]) D. 41, 2. fr. 3 § 5.
[77]) Frag. Sexti Pomponii (Libr. Sing. regularum).
[78]) D. 50, 17. fr. 188. § 1.
[79]) D. 8, 2. fr. 32. § 1.

троновъ, по буквальному толкованію, не относится къ рабамъ; но такъ какъ природа рабовъ одинакова съ природой свободныхъ, то законъ долженъ быть примѣняемъ и къ нимъ [80]). Природа вещей, говоритъ Яволенъ, не допускаетъ, чтобы мы могли владѣть чѣмъ либо черезъ посредство того лица, которое не находится въ нашей власти на основаніи цивильнаго права [81]).

Мы до сихъ поръ умышленно опускали одно мѣсто Ульпіана, чтобы не нарушить цѣльности изложенія, такъ какъ это мѣсто представляетъ понятіе Ульпіана о естественномъ правѣ, рѣзко отличающееся отъ того, которое мы указывали до сихъ поръ въ сочиненіяхъ юристовъ. Въ этомъ мѣстѣ говорится: „естественное право есть то, которому природа научила всѣхъ животныхъ, ибо это право свойственно не одному только роду человѣческому, но всѣмъ животнымъ, которыя рождаются на землѣ или въ морѣ, даже птицамъ. Отсюда происходитъ соединеніе мужчины и женщины, которое мы называемъ бракомъ, отсюда рожденіе дѣтей и воспитаніе; мы видимъ, что и прочія животныя, даже дикія обнаруживаютъ знаніе этого права“ [82]). Буквальный смыслъ этихъ словъ не оставляетъ мѣста сомнѣнію. Ульпіанъ признаетъ естественное право общее людямъ и животнымъ. Такое понятіе о естественномъ правѣ создало двоякое затрудненіе при толкованіи источниковъ: 1) странно было, что юристъ, и притомъ практическій юристъ, говоритъ о правѣ и правосознаніи у животныхъ; 2)

---

[80]) D. 48, 2. fr. 12 § 4.
[81]) D. 41, 2. fr. 23 § 2.
[82]) D. 1, 1. fr. 1. § 3.

самъ Ульпіанъ въ другихъ сохранившихся для насъ мѣстахъ говоритъ о естественномъ правѣ, свойственномъ исключительно только людямъ [83]).

Чтобы устранить это двоякое затрудненіе, ученые строили различныя гипотезы. Такъ какъ смутившее всѣхъ мѣсто стоитъ одиноко среди множества другихъ, представляющихъ иной взглядъ на естественное право, и такъ какъ ни одно мѣсто источниковъ не показываетъ, чтобы самъ Ульпіанъ пытался сдѣлать практическое употребленіе изъ своей странной теоріи, то намъ нѣтъ нужды входить въ подробное обсужденіе всѣхъ гипотезъ. Мы укажемъ только на одну изъ нихъ, которую мы считаемъ наиболѣе естественною. Она принадлежитъ Савиньи [84]) и состоитъ въ слѣдующемъ: всякое юридическое отношеніе имѣетъ своимъ основаніемъ какую нибудь матерію, къ которой примѣняется юридическая форма и которая можетъ быть мыслима и отдѣльно отъ формы. Есть такія юридическія отношенія, гдѣ матерія ихъ не представляется настолько необходимою для существованія человѣческаго рода, чтобы безъ нея это существованіе было невозможно; таковы собственность, обязательство. Совсѣмъ иное должно сказать про отношенія половыя, про рожденіе

[83]) Такъ, Ульпіанъ говоритъ о юридическихъ правилахъ и институтахъ, возможныхъ только для людей, напр. о правилѣ естественнаго права, въ силу котораго строеніе принадлежитъ собственнику земли, на которой оно возведено (D. 9, 2. fr. 50); объ обязательствахъ, установляемыхъ естественнымъ правомъ (D. 50, 17. fr. 35; 43, 26. fr. 2. § 2; 2, 14. fr. 1. pr.); о преступленіяхъ воровства и прелюбодѣянія, установляемыхъ естественнымъ правомъ и невозможныхъ для животныхъ, такъ какъ они неспособны къ намѣреннымъ дѣйствіямъ (D. 50, 16. fr. 42. срв. D. 9, 1. fr. 1. § 3). Voigt. I. 292, 293.

[84]) См. Прилож. 1-е къ первому тому его System des h. R. R.

и воспитаніе дѣтей. Матерія этихъ отношеній безусловно необходима: безъ нея невозможно продолженіе человѣческаго рода. Ея важность можно видѣть изъ того, что она не составляетъ принадлежности одного только человѣка; она свойственна и животнымъ. Ульпіанъ считаетъ общимъ для людей и животныхъ не право, не извѣстныя юридическія отношенія, а матерію этихъ отношеній. Самое же естественное право, основывающееся на этой матеріи, общей людямъ и животнымъ, существуетъ все таки только для людей [85]).

Эту гипотезу мы считаемъ наиболѣе вѣроятною. Мы можемъ упрекать Ульпіана за то, что онъ выбралъ неудачное выраженіе для своей мысли, но мы не можемъ, не должны приписывать ему воззрѣній совершенно несоотвѣтствующихъ его высокому авторитету и его общественному положенію. Когда мы читаемъ, что Пиѳагоръ или Эмпедоклъ проповѣдывали общеніе права между людьми и животными [86]), это не должно особенно удивлять насъ: греческая философія всегда стояла далеко отъ практической жизни и потому легко могла создать какую нибудь фантастическую юридическую теорію. Но чтобы это сдѣлалъ римскій юристъ, который прежде всего былъ практикъ съ головы до ногъ, чтобы это сдѣлалъ притомъ такой юристъ, какъ Ульпіанъ, который былъ не только знатокомъ практическаго права, но и государственнымъ человѣкомъ, имѣвшимъ полнѣйшую

---

[85]) Того же мнѣнія Laferrière—De l'influence du stoicisme стр. 20. Austin — Lectures on jurisprudence. 1873. I. стр. 215. Иначе Voigt. I. §§ 56, 57.

[86]) Voigt. I. § 19.

возможность познать всю тщету отвлеченныхъ теорій, не связанныхъ съ потребностями дѣйствительной жизни,—такое предположеніе въ высшей степени не вѣроятно. Поэтому пока есть возможность толковать слова Ульпіана иначе, мы не должны понимать ихъ буквально.

Надѣемся, что на предшествующихъ страницахъ мы достаточно ясно представили понятіе юристовъ о естественномъ правѣ и зависимость этого понятія отъ стоическаго ученія о томъ же предметѣ. Мы думаемъ, что въ отрывкахъ юристовъ можно даже открыть слѣды стоическаго ученія объ общечеловѣческомъ союзѣ. Такъ, Флорентинъ говоритъ, что природа установила между людьми нѣкотораго рода родство [87]). Въ соотвѣтствіе этому Ульпіанъ утверждаетъ, что по естественному праву всѣ люди равны и рождались свободными [88]). Повидимому между юристами существовало убѣжденіе, что нѣкогда былъ золотой вѣкъ, когда человѣчество не было раздѣлено на отдѣльные народы, когда всѣ люди были равны и свободны и вообще пользовались благами, проистекающими изъ господства естественнаго права [89]).

Если римскіе юристы усвоили себѣ основныя черты стоическаго естественнаго права, то неудивительно, что они признали и тѣ свойства этого права, которыя необходимо вытекаютъ изъ его понятія. Въ опредѣленіи, которое даетъ Гай естественному праву въ своихъ Институціяхъ (I, 1), указаны два изъ этихъ

---

[87]) D. 1, 1. fr. 3.

[88]) D. eod. fr. 4; 50, 17. fr. 32.

[89]) См. D. 1, 1. fr. 4 и 5; 40, 11. fr. 2; J. 1, 2. § 2.

свойствъ: 1, это право естественный разумъ установилъ между всѣми людьми [90]); 2, это право прилагается у всѣхъ народовъ [91]); 3, третье свойство мы находимъ у неизвѣстнаго юриста (Марціана — по предположенію Фойгта), эксцерпированнаго въ Институціяхъ Юстиніана (1, 2, § 11): естественное право остается вѣчно неизмѣннымъ; 4, естественное право остается всегда справедливымъ (semper aequum ac bonum) [92]). Мы сочли нужнымъ обратить вниманіе на ученія юристовъ о свойствахъ естественнаго права потому, что въ дальнѣйшемъ изложеніи намъ придется упоминать объ этихъ свойствахъ.

Обращаясь затѣмъ къ основнымъ правиламъ, опредѣлявшимъ все содержаніе естественнаго права, мы встрѣчаемся здѣсь съ любопытными явленіями, которыя показываютъ, и какъ сильно было вліяніе стоической философіи въ этомъ отношеніи и какъ подъ этимъ вліяніемъ классическіе юристы глубоко и широко понимали свою задачу. Ульпіанъ сводитъ все содержаніе права къ тремъ основнымъ принципамъ (juris praecepta): жить достойно (honeste vivere), не оскорблять другихъ (alterum non laedere), каждому воздавать свое (suum cuique tribuere [93]). Это тѣже правила, какія мы видѣли у Цицерона и какія высказалъ въ своемъ этическомъ ученіи основатель стоицизма, Зенонъ [94]). Такъ,

---

90) См. также D. 41, 1. fr. 1. pr.

91) См. также Gai I, 189: «Sed impuberes quidem in tutela esse omnium civitatium jure contingit; quia id naturali rationi conveniens est, ut is, qui perfectae aetatis non sit, alterius tutela regatur.

92) D. 1, 1. fr. 11.

93) D. 1, 1. fr. 10. § 1.

94) Laferrière—De l'influence du stoicisme sur la doctrine des jurisconsultes romains. стр. 18. Ortloff Ueber den Einflusz der stoischen Philosophie auf die römische Jurisprudenz. Erl. 1797.. стр. 86.

второе изъ этихъ правилъ соотвѣтствуетъ Цицероновскому „не вреди другому, если онъ не нарушилъ твоего права“ (ne cui quis noceat nisi lacessitus injuria). Въ приведенномъ мѣстѣ Ульпіанъ не прибавляетъ оговорки, которую мы находимъ у Цицерона; но эту оговорку мы находимъ у того же юриста въ другомъ мѣстѣ; въ своемъ толкованіи къ эдикту Ульпіанъ говоритъ: „право отражать силу силою установлено природой“. Туже мысль выражаетъ и Флорентинъ, говоря, что въ силу естественнаго права мы можемъ употреблять всякія средства для защиты своего тѣла противъ насилія другихъ неправыхъ дѣяній [95]).

Третье правило Ульпіана соотвѣтствуетъ тому Цицероновскому, которое мы перевели словами: „общимъ и частнымъ имуществомъ пользуйся сообразно съ назначеніемъ того и другаго“ (ut communibus utatur pro communibus, privatis ut suis). Болѣе частное выраженіе того же принципа мы встрѣчаемъ у Помпонія: „естественное право не дозволяетъ никому обогащаться посредствомъ причиненія ущерба и неправа другому“; у Павла: „сообразно природѣ выгоды всякаго дѣла принадлежатъ тому, на кого падаютъ его невыгоды“ [96]).

Наконецъ, первое правило, высказываемое Ульпіаномъ, „живи достойно“ (honeste vivere) — по своему буквальному выраженію конечно не указываетъ прямо на то Цицероновское правило, которое мы при-

---

[95]) D. 43, 16. fr. 1. § 27 (Ульп.) — D. 1, 1. fr. 3. (Флор.). Приведенныя слова Флорентина въ Юстиніановой компиляціи поставлены въ связь съ тѣмъ мѣстомъ Ульпіана, гдѣ говорится о jus gentium. Но по содержанію всего отрывка и находящемуся въ немъ слову natura эти слова несомнѣнно относились къ естественному праву.

[96]) D. 50, 17. fr. 206; 12, 6. fr. 14 (Помп.); 50, 17. fr. 10 (Пав.).

вели подъ № 3, т. е. что люди должны доставлять другъ другу всякаго рода пользу, стараясь дѣлать другихъ участниками въ такихъ выгодахъ, которыя могутъ быть дѣлимы. Однако, что̀ значитъ жить достойно? Есть ли это предписаніе, чтобы человѣкъ соблюдалъ нравственныя правила по отношенію къ самому себѣ или же по отношенію къ другимъ? Мы не можемъ, отыскивая отвѣтъ на этотъ вопросъ, опереться на слова самаго правила, приводимаго Ульпіаномъ. Но, опираясь на основанія, которыя мы сейчасъ предложимъ, мы склонны думать, что „жить достойно“ значитъ держаться такого правила въ отношеніяхъ къ другимъ людямъ, которое вытекаетъ изъ сознанія, что всѣ люди родственны другъ другу, составляютъ единый союзъ, въ которомъ интересы одного принимаются къ сердцу другими; иными словами, „жить достойно“ значитъ держаться правила: „ничто человѣческое мнѣ не чуждо“.

Основанія наши къ такому толкованію слѣдующія: 1) изъ предыдущаго достаточно ясно видно, что классическіе юристы находились подъ сильнымъ вліяніемъ стоической философіи въ томъ ея видѣ, какъ она развилась на римской почвѣ. Между тѣмъ мы видѣли, что Цицеронъ, излагая начала стоической этики, въ той части человѣческой добродѣтели, которая представляетъ осуществленіе естественнаго права, т. е. въ справедливости (justitia въ обширномъ см.) различаетъ двѣ стороны: справедливость въ тѣсномъ смыслѣ и благодѣяніе (beneficentia), или иначе благоволеніе, благосклонность (benevolentia, benignitas). Справедливости въ тѣсномъ смыслѣ соотвѣтствуютъ два правила: не оскорбляй другаго и воздай каждому свое. Благоволенію же, какъ мы указали въ своемъ мѣстѣ,

соотвѣтствуетъ правило: „ничто человѣческое мнѣ не чуждо"; благоволенію же соотвѣтствуетъ и то основное правило естественнаго права, что люди должны оказывать другъ другу взаимную пользу. Если юристы усвоили себѣ два остальныя правила, если они вообще усвоили себѣ стоическое ученіе о естественномъ правѣ, то естественно допустить, что они приняли и третье основное правило, которое мы поэтому и можемъ вложить въ выраженіе „жить достойно".

2) Признавать въ этомъ выраженіи нравственное правило по отношенію къ другимъ, а не самому только себѣ, согласнѣе съ самой идеей естественнаго права, такъ какъ это послѣднее должно регулировать отношенія людей другъ къ другу, а не къ самому себѣ.

3) Цицеронъ, установляя третье правило естественнаго права (т. е. доставленіе взаимной пользы) говоритъ, что основаніемъ для всѣхъ отношеній, къ которымъ примѣняется это правило, должна быть добросовѣстность (fides), твердость въ своемъ словѣ. И у Ульпіана мы находимъ слѣдующее общее замѣчаніе: приступая къ разсмотрѣнію преторскаго эдикта, признающаго дѣйствительность простыхъ, безформенныхъ соглашеній, онъ говоритъ: „этотъ эдиктъ основывается на естественной справедливости, ибо что̀ болѣе соотвѣтствуетъ человѣческой добросовѣстности (fidei humanae), какъ не соблюденіе того, относительно чего состоялось соглашеніе. Въ другомъ мѣстѣ по такому же поводу онъ говоритъ: „нарушать данное обѣщаніе есть тяжкій проступокъ (grave est fidem fallere) [97]).

[97]) D. 2, 14. fr. 1. pr.; 13, 5. fr. 1. pr.

4) Предлагаемое нами толкованіе конечно представляетъ смѣшеніе двухъ областей — нравственной и юридической. Но, говоря объ ученіи стоиковъ, мы именно указывали на это смѣшеніе, какъ на свойственную ему черту. Чтò удивительнаго, что у классическихъ юристовъ, находившихся подъ ихъ вліяніемъ, мы встрѣчаемъ тоже смѣшеніе?

Что касается до способа, котораго держались классическіе юристы при распознаваніи правилъ естественнаго права, то, согласно плану нашего сочиненія, мы считаемъ болѣе удобнымъ говорить объ этомъ въ концѣ книги. Поэтому обращаемся теперь къ послѣднему вопросу: въ какое отношеніе ставили римскіе юристы естественное право къ современному ему положительному праву? Взгляды юристовъ на этотъ предметъ чрезвычайно разнообразны; разнообразіе встрѣчается не только у различныхъ юристовъ, но и въ различныхъ мѣстахъ одного и того же юриста. Такъ напр. у Гая мы встрѣчаемъ такую мысль, что естественный разумъ не можетъ быть измѣненъ по авторитету Сената, что цивильный разумъ не можетъ уничтожать естественныхъ правъ [98]). Цельзъ говоритъ: никакой законъ не установляетъ того, чтò запрещается природою вещей [99]). Напротивъ Ульпіанъ признаетъ за цивильнымъ правомъ власть отступать отъ предписаній права естественнаго [100]). Фло-

---

98) D. 7, 5. fr. 2. § 1.; Gai. Inst. I. 158.

99) D. 50, 17. fr. 188. § 1.

100) D. 1, 1. fr. 6. pr.: Jus civile est, quod.... nec per omnia ei (sc. juri naturali) servit; 1, 5. fr. 24: Lex naturae haec est, ut qui nascitur sine legitimo matrimonio, matrem sequatur, nisi lex specialis aliud inducat.

рентинъ и Трифонинъ признаютъ законность рабства, хотя и находятъ, что оно противно естественному праву [101]). Мало того, самъ Гай признаетъ, что цивильное право въ нѣкоторыхъ случаяхъ можетъ отмѣнять предписанія естественнаго права; напр. въ Институціяхъ онъ говоритъ, что договоръ товарищества (societas) есть институтъ естественнаго права и потому доступенъ всѣмъ людямъ, т. е. какое бы ни было ихъ юридическое состояніе, и тамъ же замѣчаетъ, что товарищество прекращается вслѣдствіе capitis deminutio т. е. именно вслѣдствіе измѣненія состоянія лица [102]). Объясненіе этого разногласія во взглядахъ юристовъ мы предложимъ въ концѣ книги.

Мы изложили ученіе классическихъ юристовъ о естественномъ правѣ, какъ отвлеченную теорію. Но, держась той точки зрѣнія, что въ области права всякое правило, всякая система можетъ имѣть для насъ интересъ только тогда, когда они имѣли практическое примѣненіе въ жизни, мы считаемъ необходимымъ обратиться теперь къ разсмотрѣнію вопроса: какіе задатки имѣло естественное право для этого практическаго примѣненія? Мы не хотимъ здѣсь разсматривать вопросъ, примѣнялось ли оно дѣйствительно въ жизни, ибо это будетъ вполнѣ умѣстно только въ концѣ книги. Теперь же мы хотимъ разсмотрѣть ученіе юристовъ о естественномъ правѣ только со стороны его способности къ практическому существованію.

101) D. 1, 5. fr. 4 § 1; 12, 6. fr. 64.
102) Gai. III. 153. 154.

Мы такимъ образомъ будемъ разсматривать его само по себѣ, т. е. только его вліяніе на римскіе умы вообще, внѣ связи съ органами, которые могли бы взять на себя его приложеніе, или съ условіями внѣшней жизни, которыя могли благопріятствовать или препятствовать этому приложенію, ибо наша настоящая цѣль состоитъ въ томъ, чтобы опредѣлить внутреннюю напряженность ученія о естественномъ правѣ, величину его собственныхъ силъ, съ помощью которыхъ оно могло пробивать себѣ дорогу къ практическому существованію.

Такъ какъ это ученіе образовалось подъ преобладающимъ вліяніемъ стоицизма, то мы думаемъ, что лучшій путь для достиженія предположенной цѣли заключается въ томъ, чтобы разсмотрѣть значеніе стоицизма вообще въ практической жизни римскаго общества. Если мы докажемъ, что эта система или вѣрнѣе ея этическая часть долгое время въ области нравственности, политики, частной жизни опредѣляла направленіе не только мысли, но и практической дѣятельности нѣкоторыхъ вліятельныхъ круговъ римскаго общества, къ которымъ принадлежали между прочимъ и юристы, то отсюда можно будетъ заключить, что и естественное право, какъ тѣсно связанное со всѣмъ этическимъ ученіемъ стоиковъ, имѣло серьезные задатки къ практическому существованію [103]).

Національный характеръ Римлянъ долженъ былъ возбуждать въ нихъ сильнѣйшую симпатію къ принципамъ стоической этики, ибо эти послѣдніе какъ

[103]) Нижеслѣдующее изложеніе основывается на указанномъ уже выше сочиненіи Lecky—Sittengeschichte Europas. т. I.

нельзя болѣе соотвѣтствовали тому идеалу истиннаго Римлянина, который господствовалъ во времена республики и первое время имперіи. Этотъ идеалъ сложился подъ троякимъ вліяніемъ. Во первыхъ, вся жизнь римскаго гражданина опредѣлялась интересами государства; личный интересъ Римлянина исчезалъ въ государственномъ. Во вторыхъ, Римъ въ теченіе всего республиканскаго періода велъ почти непрерывныя войны, которыхъ успѣхъ при тогдашнемъ состояніи военнаго искусства болѣе всего зависѣлъ отъ личнаго мужества, стойкости и безусловнаго соблюденія военной дисциплины. Въ третьихъ, конечнымъ результатомъ этихъ войнъ было подчиненіе Риму всего древняго міра; управленіе многочисленными покоренными землями содѣйствуетъ развитію въ гражданахъ гордаго и повелительнаго духа. Отсюда объясняются всѣмъ извѣстныя черты римскаго идеала: возвышенный патріотизмъ, способный на всякую жертву, сильно развитая воля и спокойное самообладаніе, отсутствіе страха предъ лицомъ смерти, суровая простота образа жизни, вѣрность данному слову и непреклонная гордость. Очевидно, что этотъ идеалъ совпадаетъ со многими существенными чертами стоической этики [104]).

Начиная съ конца республики въ римскомъ характерѣ постепенно совершаются измѣненія [105]). Въ немъ появляются двѣ новыя черты: мягкость и распространеніе симпатій на болѣе широкій кругъ людей, чѣмъ

---

104) Bernhardy Römische Litteratur § 1; Lecky ук. соч. I. стр. 156, 157.

105) См. Lecky. Sittengesch. I. 207—217.

кругъ національно-римскій. Подчиняясь вліянію высшей цивилизаціи побѣжденныхъ Грековъ, Римляне вмѣстѣ съ роскошной и комфортабельной жизнью, со вкусомъ къ произведеніямъ искусства и пр. усвоили себѣ и космополитическія идеи, которыми Греки обладали въ несравненно бо́льшей степени, чѣмъ ихъ побѣдители. Этому расширенію узко-національнаго взгляда Римлянъ до степени космополитизма много содѣйствовало и распространеніе римскаго господства на весь древній міръ, ибо оно расширило римскій умственный кругозоръ вообще и, по необходимости сближая римлянъ съ покоренными народами, показало, что у тѣхъ и другихъ было много общихъ сторонъ, что поэтому къ прежней исключительности нѣтъ достаточныхъ основаній. Къ тому же самому результату привели и многочисленныя внутреннія событія того времени: они вели къ разрушенію рѣзкихъ различій, существовавшихъ между классами римскаго общества, и тѣмъ самымъ расчищали почву для космополитизма.

Укажемъ на нѣкоторыя изъ этихъ событій. Гражданскія войны нанесли тяжелый ударъ аристократическому сословію не только потому, что многіе члены его погибли въ сраженіяхъ, но и потому, что эти войны дали возможность даровитымъ людямъ низкаго происхожденія выдвигаться впередъ и занимать высшія государственныя мѣста, чему примѣромъ могутъ служить погонщикъ муловъ Вентидій Бассъ и иноземецъ (испанецъ) Корнелій Бальбъ, оба достигшіе консульства. Императоры, стремившіеся къ расширенію своей власти, также должны были стараться сравнять всѣ различія въ римскомъ народѣ, ибо аристократія римская, какъ и всякая другая, ограничивала власть пра-

вителя. Различіе между рабомъ и свободнымъ также утратило свою прежнюю рѣзкость. Этому были двѣ причины. Во первыхъ, между рабами въ то время вовсе не рѣдкость было встрѣтить ученыхъ, художниковъ, вообще людей съ высокимъ образованіемъ, съ тонко развитымъ эстетическимъ вкусомъ; рабы часто становились управителями обширныхъ хозяйственныхъ предпріятій; имъ почти постоянно поручалось воспитаніе дѣтей и лѣченіе больныхъ. Такихъ людей невозможно было равнять съ собакой или быкомъ; сила вещей приближала ихъ, въ глазахъ господина, къ его собственному уровню. Во вторыхъ, классъ вольноотпущенныхъ въ этомъ періодѣ игралъ важную роль не потому только, что онъ былъ очень многочисленъ, но и потому, что со времени Калигулы почти всѣ придворныя должности были замѣщены вольноотпущенными, которые, благодаря этому, пріобрѣли огромное вліяніе на императора и слѣдовательно держали въ своихъ рукахъ судьбы многихъ благороднѣйшихъ свободнорожденныхъ. При такихъ обстоятельствахъ господа стали чувствовать, что прежнее безмѣрное разстояніе между ними и ихъ рабами значительно сократилось. Укажемъ еще на допущеніе въ Сенатъ Галловъ, на пополненіе арміи варварами, на стеченіе въ Римѣ людей всѣхъ націй и вѣрованій, на дарованіе права римскаго гражданства всѣмъ жителямъ Римской имперіи,—и намъ будетъ ясно, что греческій космополитизмъ нашолъ въ римскомъ обществѣ благодарную почву.

Греческая гуманность встрѣтила въ Римѣ также благопріятныя условія. Прежде всего надо замѣтить, что она стоитъ въ тѣсной связи съ космополитизмомъ

и какъ бы сопровождаетъ его. Кромѣ того она нашла поддержку въ изнѣженности Римлянъ и въ чувствѣ изящества, развитомъ болѣе прежняго.

Стоицизмъ въ Римѣ и при этихъ измѣнившихся обстоятельствахъ сохранилъ свое соотвѣтствіе римскому характеру. Что касается до космополитической тенденціи, то она всегда была ему присуща. Мы видѣли, что древнѣйшіе стоики признавали всѣхъ людей равными и соединенными въ одинъ всемірный союзъ. Позднѣйшіе римскіе стоики не только сохранили это ученіе, но развили его еще рѣшительнѣе [106]. По отношенію къ другой новой чертѣ римскаго характера, — мягкости, гуманности, — стоицизмъ конечно не представлялъ такой же безупречной параллели; однако нельзя сказать, чтобы онъ стоялъ съ нею въ противорѣчіи, сохраняя свое прежнее ученіе о подавляющемъ господствѣ разума надъ чувствами и о способности человѣка одними своими силами достигать до божественнаго совершенства. Въ сочиненіяхъ позднѣйшихъ римскихъ стоиковъ мы встрѣчаемъ много мѣстъ, свидѣтельствующихъ, что они были очень далеки отъ жесткой суровости древнихъ стоиковъ, что они прямо признавали за чувствами право на самостоятельное существованіе, ибо предписывали человѣку слѣдить за чистотою своихъ помысловъ и часто очень трогательно описывали свое собственное душевное настроеніе. Тѣже сочиненія свидѣтельствуютъ, что позднѣйшіе римскіе стоики отбросили гордую увѣренность въ человѣческихъ силахъ. Они обращаютъ взо-

---

[106]) См. у Lecky укз. соч. стр. 219 слѣд. выдержки изъ Цицерона, Лукана, Сенеки, Эпиктета, М. Аврелія.

ры человѣка къ Богу, котораго они начинаютъ представлять какъ личность, и въ его свойствахъ предписываютъ человѣку искать образецъ для собственнаго совершенствованія [107]).

Сказаннаго кажется достаточно, чтобы убѣдиться, что стоицизмъ во все время своего существованія въ Римѣ въ главныхъ пунктахъ своего нравственнаго ученія совпадалъ съ существенными чертами римскаго характера. Уже по одному этому онъ долженъ былъ сдѣлаться для Римлянъ источникомъ правилъ для ихъ практической жизни. Но эта его пригодность увеличивалась еще по другимъ причинамъ. Въ послѣдніе вѣка республики римскій народъ сталъ утрачивать то живое нравственное чувство, которое вѣрнѣе всякой теоретической морали указываетъ человѣку надлежащіе пути въ его практической жизни. Лишаясь этой инстинктивной нравственности, Римлянинъ сталъ искать опоры въ указаніяхъ разсудка. Стоицизмъ съ своей казуистической моралью могъ оказать ему въ этомъ отношеніи большую услугу [108]).

Наконецъ, укажемъ и еще на одно обстоятельство, способствовавшее стоицизму укорениться въ римскомъ умѣ. Онъ былъ единственной философской системой того времени, которая могла не только ужиться рядомъ съ національной римской религіей, но и оказать ей поддержку, когда она не могла болѣе держаться самостоятельно вслѣдствіе того, что римское общество утратило способность къ наивному вѣрованію. Мы видѣли, что стоики признавали существова-

---

[107]) Lecky I. 224—227.

[108]) Mommsen. Röm. G. II. 415.

ніе единаго божества, проникающаго и одухотворяющаго всю вселенную. Но они признавали за боговъ также всякое проявленіе этого божества въ мірѣ, они обоготворяли и небо и землю и душу умершаго человѣка и многое другое. Въ этомъ именно пунктѣ они могли примкнуть свое ученіе къ національной римской религіи, ибо боги этой религіи были не живыми, индивидуальными существами, облеченными въ плоть и кровь, подобно богамъ греческимъ, а весьма слабыми образами, олицетворявшими отвлеченныя понятія. Но этого мало: стоики по принципу воздерживались отъ борьбы противъ религіозныхъ вѣрованій даже въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ ихъ взгляды совсѣмъ не сходились съ этими вѣрованіями; они съ почтеніемъ останавливались передъ этими послѣдними. Если мы обратимъ вниманіе на то, что изъ господствовавшихъ въ разсматриваемое время религіозныхъ теорій эвхемеризмъ обращалъ боговъ въ простыхъ людей, эпикуреизмъ считалъ ихъ совершенно безучастными къ человѣческой судьбѣ, а новая академія подвергала сомнѣнію самое ихъ существованіе, то едва ли можно сомнѣваться въ томъ, къ кому могло обратиться римское общество за поддержкой, когда оно вынуждено было въ теоретическомъ ученіи искать замѣны утраченнаго наивнаго религіознаго чувства [109]).

Въ виду всего этого мы вправѣ думать, что стоицизмъ долженъ былъ оказать значительное вліяніе на практическую жизнь римскаго общества, если только это послѣднее обладало достаточными средствами, чтобы ознакомиться съ его принципами. Но въ налично-

---

[109]) Mommsen. R. G. II. 411—415.

сти этихъ средствъ въ то время не можетъ быть никакого сомнѣнія, ибо Римляне находились въ безпрерывныхъ сношеніяхъ со всѣми центрами греческой образованности: военные походы, путешествія съ самыми разнообразными цѣлями, между прочимъ съ спеціальной цѣлью образоваться подъ руководствомъ знаменитыхъ греческихъ ученыхъ и философовъ, временное и постоянное пребываніе греческихъ философовъ въ Римѣ—все это въ высшей степени облегчало Римлянамъ возможность познакомиться съ философскими ученіями вообще и въ частности съ стоицизмомъ.

И дѣйствительно мы имѣемъ множество свидѣтельствъ, что знакомство съ философіей, въ особенности съ философіей стоической, составляло принадлежность не однихъ только ученыхъ, но всего образованнаго римскаго общества. Такъ философъ Блоссій является однимъ изъ приближенныхъ Тиб. Гракха [110]; стоикъ Панецій игралъ видную роль въ образованномъ кружкѣ Сципіона, въ домѣ котораго онъ имѣлъ постоянное пребываніе; философъ Клейтомахъ находился въ перепискѣ и личныхъ сношеніяхъ со многими образованными людьми римскаго общества, какъ напр. съ историкомъ Авломъ Альбиномъ и поэтомъ Луциліемъ [111]). Позднѣе распространенію философскаго образованія (и въ особенности стоицизма) должны были много содѣйствовать философскія сочиненія Цицерона, который не только знакомилъ Римлянъ съ философскими ученіями, но и очень усердно совѣтовалъ имъ

110) Voigt. II. стр. 634. not. 769.
111) Mommsen R. G. II. 408.

заниматься философіей. Въ сочиненіяхъ этого писателя находятся свидѣтельства, что въ его время философское образованіе было значительно распространено среди образованныхъ Римлянъ [112]). Что знакомство и интересъ къ стоической философіи не ослабѣли и въ первые вѣка имперіи, это доказывается сочиненіями Сенеки и Марка Аврелія, извѣстностью и вліяніемъ многихъ стоиковъ того времени и учрежденіемъ философскихъ школъ съ цѣлью пропаганды стоицизма (при Маркѣ Авреліи).

Такъ какъ римскіе юристы несомнѣнно принадлежали къ образованному классу римскаго общества, то однихъ вышеприведенныхъ фактовъ было бы уже достаточно для признанія, что и они были знакомы съ ученіемъ стоиковъ. Но мы имѣемъ и прямыя свидѣтельства, подтверждающія этотъ фактъ. Изъ сочиненій Цицерона мы узнаемъ, что слѣдующіе юристы принадлежали къ стоической школѣ: К. Лелій, Л. Фурій Филъ, П. Рутилій Руфъ, Кв. Элій Туберонъ, Кв. Муцій Сцевола, авгуръ, Секстъ Помпей, М. Брутъ, М. Катонъ и Серв. Сульпицій Руфъ [113]), т. е. почти всѣ знаменитые юристы конца республики. Кромѣ названныхъ есть еще нѣсколько юристовъ того же времени, принадлежность которыхъ къ стоикамъ вѣроятна, хотя непосредственно источниками не засвидѣтельствована. Таковы Акв. Галлъ, Бальбъ Луцилій, Секстъ Папирій и Гай Ювенцій. Всѣ они ученики Муція Сцеволы и едва ли остались внѣ всякаго вліянія стоическихъ воззрѣній своего учите-

[112]) Voigt. I. 233, 234.
[113]) См. Voigt. I. 253.

ля [114]). Относительно юристовъ временъ имперіи мы не можемъ привести такого же непосредственнаго свидѣтельства. Мы не можемъ даже указать ни одного писателя, который бы подобно Цицерону засвидѣтельствовалъ намъ о распространенности между этими юристами знакомства съ философіей вообще. Но это объясняется не отсутствіемъ философскаго образованія юристовъ, а скорѣе обычностью этого явленія, не возбуждавшаго вслѣдствіе этого ничьего вниманія, какъ это случилось во время Цицерона, когда распространенность философскаго образованія между юристами была дѣломъ новымъ. Въ знакомствѣ юристовъ имперіи съ теоріями греческихъ и римскихъ философовъ мы можемъ убѣдиться отчасти по нѣкоторымъ отдѣльнымъ ученіямъ ихъ, на которыхъ отразилось вліяніе того или другаго философа (напр. ихъ опредѣленіе понятій справедливости, права, юриспруденціи, дѣленіе жизни человѣческой на семилѣтніе періоды и пр.) [115]), отчасти по прямымъ ихъ ссылкамъ на Платона, Аристотеля, Пиѳагора, Цицерона и др. [116]). Что же касается до знакомства со стоицизмомъ, то оно доказывается отчасти ссылками на стоиковъ (напр. Марціанъ на Хризиппа D. 1. 3. fr. 2) [117]), главнымъ же обр. тѣмъ ученіемъ о естественномъ правѣ, которое было изложено выше.

Итакъ, Римляне имѣли всѣ средства узнать и дѣйствительно знали очень близко ту философскую систе-

[114]) Ortloff—Über den Einfluss der stoischen philosophie auf die Römische Jurisprundenz. Erlang. 1797. стр. 48—55.

[115]) См. Laferrière—De l'influence du Stoicisme sur la doctrine des jurisconsultes romains. Paris. 1860.

[116]) Voigt. I. 254 слѣд.

[117]) Voigt. ib.

му, которая такъ замѣчательно соотвѣтствовала ихъ національному характеру и лучше всѣхъ другихъ системъ могла замѣнить ослабѣвавшее непосредственное нравственное и религіозное чувство. Это даетъ намъ полное основаніе предполагать, что стоицизмъ оказалъ сильное вліяніе на многія стороны жизни римскаго общества. Мы представимъ рядъ историческихъ фактовъ, которые подтверждаютъ это предположеніе, но предварительно должны сдѣлать слѣдующую оговорку. Вопервыхъ, говоря о вліяніи стоицизма, мы заранѣе исключаемъ мысль о радикальномъ и всеобъемлющемъ вліяніи его на всю массу римскаго народа. Эта масса была погружена въ такой нравственный развратъ, что никакое философское ученіе не въ силахъ было вытащить ее отъ туда [118]). Мы имѣемъ въ виду довольно ограниченный кругъ истинно образованныхъ и вообще лучшихъ людей разсматриваемаго нами времени (т. е. отчасти конца республики и глав. обр. первыхъ трехъ вв. имперіи). По общему признанію клас. юристы принадлежали къ этому кругу. Такъ какъ образованіе права находилось въ ихъ рукахъ въ этомъ періодѣ, то для нашихъ цѣлей совершенно достаточно доказать вліяніе стоицизма на указанный ограниченный кругъ. Мы не думаемъ даже, чтобы и въ этомъ ограниченномъ кругу не было вліянія другихъ философскихъ ученій, напр. платонизма, эпикуреизма и пр. Но мы утверждаемъ, что стоицизму въ этомъ кругу принадлежало преобладающее вліяніе. Во вторыхъ, мы считаемъ невозможнымъ представить прямыя доказательства вліянія стоицизма на

---

[118]) См. напр. Lecky I. 235—265.

практическую жизнь, т. е. указать непосредственную связь извѣстныхъ явленій практической жизни съ распространенностью стоицизма въ римскомъ обществѣ. Мы думаемъ достигнуть этой цѣли косвеннымъ путемъ, доказавши глубокое вліяніе стоицизма на характеръ и дѣятельность отдѣльныхъ лицъ: общественныя явленія складывались при посредствѣ отдѣльныхъ лицъ, слѣдовательно неизбѣжно должны были отразить на себѣ тѣ вѣрованія и воззрѣнія, которыми были глубоко проникнуты эти послѣднія.

Моммзенъ въ своей Римской Исторіи [119]) утверждаетъ, что практическое вліяніе стоицизма было ничтожно и выразилось развѣ только въ томъ, что въ двухъ трехъ знатныхъ домахъ въ угоду стоицизму держали плохой столъ; онъ говоритъ, что въ концѣ республики стоицизмъ возбудилъ противъ себя даже всеобщую непріязнь, которая рано или поздно возникаетъ противъ всякаго пустаго и вмѣстѣ съ тѣмъ коварнаго лицемѣрія; со многихъ сторонъ онъ подвергся нападеніямъ, окончательно подорвавшимъ его кредитъ въ римскомъ обществѣ.... Кажется мы не ошибемся, если скажемъ, что это мнѣніе знаменитаго историка болѣе рѣзко, чѣмъ справедливо. Не на одной только кухнѣ двухъ трехъ знатныхъ господъ отразилось вліяніе стоической этики. Ея предписаніе осуществлять добродѣтель не на словахъ только, а на дѣлѣ, ея требованіе, чтобъ каждый гражданинъ принималъ дѣятельное участіе въ государственной жизни, вдохновляло многихъ общественныхъ дѣятелей, которые для всѣхъ временъ останутся образцами граж-

[119]) II. 417. III. 570, 571 (6-е изд.).

данскаго мужества. „Въ то время“, говоритъ Лэкки, „какъ изъ подъ зданія римской добродѣтели вымываю одинъ камень за другимъ, въ то время, какъ роскошь и скептицизмъ, чужестранные нравы и религіи подкапывались подо все зданіе римской національной жизни, среди послѣднихъ судорожныхъ движеній умирающей свободы, среди ужаснаго карнавала порока, наступившаго вслѣдъ за ея погибелью, стоикъ оставался неизмѣнно представителемъ и охранителемъ прошлаго. Партія, носившая благородное названіе партіи добродѣтельныхъ, предводительствуемая такими людьми, какъ Катонъ, Тразеа, Гельвидій или Бурръ, поддерживала знамя римской добродѣтели и римской свободы въ самые мрачные часы деспотизма и распаденія. Какъ и всѣ люди, которые вносятъ въ политику сильную религіозную ревность, они часто были узносерды и нетерпимы, слѣпы передъ требованіями неизбѣжныхъ измѣненій въ обществѣ, неспособны къ компромиссамъ, слишкомъ настойчивы и опрометчивы въ своихъ требованіяхъ; но своею непоколебимостью и безбоязненностью они болѣе чѣмъ заглаживали свои ошибки. Строгая чистота ихъ жизни и геройское величіе ихъ смерти поддерживали воспоминаніе о римской свободѣ даже при такихъ императорахъ, какъ Неронъ или Траянъ. Пока были такіе люди, чувствовалось, что не все еще потеряно. Въ нихъ была еще опора для свободы, сѣмя добродѣтели, которое могло снова дать ростки, живой протестъ противъ деспотизма и испорченности имперіи“ [120]).

Но стоицизмъ создалъ не одну только оппозицію деспотизму и нравственному разврату. Онъ далъ Рим-

[120]) Lecky Sittengeschichte. I. 266.

ской имперіи нѣсколько хорошихъ правителей. Въ особенности слѣдуетъ здѣсь упомянуть имя Марка Аврелія. Возвышенная личность этого императора служитъ весьма краснорѣчивымъ свидѣтельствомъ того, какое живое и глубокое вліяніе могъ оказывать стоицизмъ на римское общество. Маркъ Аврелій отъ природы былъ мягкаго характера. Поэтому его гуманность, его уваженіе къ человѣческой личности нашли себѣ въ стоицизмѣ только принципіальное оправданіе и освѣщеніе. Но это ученіе придало его характеру и такія черты, которыхъ въ немъ не было отъ природы: такъ напр., несмотря на природную наклонность къ сонливости, Маркъ Аврелій во всей своей жизни былъ самымъ безупречнымъ представителемъ стоической добродѣтели, которая, какъ мы видѣли, состояла не въ созерцаніи, а въ дѣятельности; даже передъ самой смертью, среди тяжелыхъ страданій, онъ забывалъ о себѣ, занятый мыслью объ общественномъ бѣдствіи, о чумѣ, свирѣпствовавшей во многихъ частяхъ его государства. Проникнутый самымъ горячимъ желаніемъ вырвать римское общество изъ разврата, въ который оно такъ глубоко было погружено, онъ однако никогда, подъ вліяніемъ справедливаго негодованія, не употреблялъ насильственныхъ мѣръ для достиженія своей цѣли: стоическая философія научила его быть господиномъ своихъ чувствъ [121]).

Кромѣ государственныхъ людей, стоицизмъ породилъ еще цѣлый рядъ особаго рода общественныхъ дѣятелей, которые поставили себѣ задачей проповѣдывать свое ученіе цѣлымъ массамъ людей. Они были

---

[121]) Lecky. I. 227—233.

двухъ родовъ: циники и реторы. Лэкки, основываясь на одномъ сочиненіи Эпиктета, даетъ слѣдующее описаніе идеальнаго циника: „цинникъ долженъ посвящать всю свою жизнь поученію людей. Онъ долженъ остаться неженатымъ, ибо онъ не долженъ имѣть никакихъ семейныхъ наклонностей, которыя могутъ направлять его на иной путь и ослаблять его силы. Онъ долженъ носить самое дурное платье, спать на голой землѣ, ѣсть самую простую пищу, воздерживаться отъ всѣхъ земныхъ удовольствій и тѣмъ не менѣе показывать міру примѣръ постоянно одинаковой веселости и довольства. Никто, подъ страхомъ навлечь на себя божескій гнѣвъ, не долженъ принимать такую миссію, если онъ не чувствуетъ себя призваннымъ къ ней самимъ Юпитеромъ. Его задача состоитъ въ томъ, чтобы ходить между людьми, какъ посланникъ божій, и во время и не во время напоминать о ихъ негодности, малодушіи и порочности. Онъ долженъ останавливать богатаго на рынкѣ, проповѣдывать народу на улицѣ, онъ не долженъ знать ни снисхожденія, ни страха, онъ долженъ на всѣхъ мущинъ смотрѣть, какъ на своихъ сыновей, а на женщинъ— какъ на своихъ дочерей. Среди насмѣхающейся толпы онъ долженъ сохранять веселое спокойствіе, чтобы люди думали, что онъ созданъ изъ камня. Дурное обращеніе, изгнаніе, смерть не должны быть для него страшны, ибо дисциплина его жизни должна разрѣшить его отъ всякихъ земныхъ узъ, и даже если его будутъ бить, онъ долженъ любить тѣхъ, кто его бьетъ, потому что онъ есть отецъ и вмѣстѣ съ тѣмъ братъ всѣхъ людей“. [122]) Если стоиковъ, приближавшихся къ этому

[122]) Lecky. Sitteng. I. 280.

идеалу было и немного, то все таки они не могли пройти бесслѣдно среди римскаго общества.

Совершенно инымъ характеромъ отличались реторы. Это были блестящіе проповѣдники, которые, переѣзжая изъ одного города въ другой, собирали вокругъ себя многочисленныхъ слушателей большею частью изъ избраннаго общества. Между реторами было много шарлатановъ, которые скорѣе принижали, чѣмъ поддерживали, духовную жизнь въ обществѣ. Но были между ними и люди почтенные, пользовавшіеся огромнымъ вліяніемъ на современниковъ. Таковъ былъ стоикъ Діонъ Хризостомъ, поставившій себѣ задачей всей жизни — знакомить народныя массы со стоическими ученіями. Изъ его рѣчей видно, что онъ „проповѣдывалъ благороднѣйшій и чистѣйшій теизмъ, защищалъ гуманное обращеніе съ рабами и былъ первымъ изъ писателей имперіи, оспаривавшихъ правомѣрность наслѣдственнаго рабства". Какую силу имѣло его краснорѣчіе, можно судить по тому, что съ его помощью онъ нѣсколько разъ укрощалъ возмущенія цѣлыхъ народныхъ массъ. Такому вліянію мы должны приписать еще большее значеніе вслѣдствіе того, что Діонъ Хризостомъ сѣялъ свое ученіе чуть не на всѣхъ концахъ римской имперіи (въ Римѣ, на берегахъ Дуная, въ Аѳинахъ, въ Малой Азіи, въ Александріи) [128]).

Но не въ одной только области общественной дѣятельности стоицизмъ является жизненной силой; онъ обнаруживаетъ свое дѣйствіе и въ частной жизни. Стоическіе философы часто были призываемы къ по-

---

[128]) Lecky. ib. I. 283.

стели умирающаго, чтобы подкрѣпить духъ его въ предсмертный часъ; къ родственникамъ умершаго, чтобы утѣшить ихъ въ понесенной утратѣ. Благодаря казуистическому характеру ихъ морали, къ нимъ часто обращались за совѣтомъ въ запутанныхъ вопросахъ совѣсти. Стоики очень часто были воспитателями юношества [124]).—

Сказаннаго кажется достаточно для того, чтобы убѣдиться, что стоицизмъ былъ живою силою, руководившею людьми извѣстнаго круга во многихъ случаяхъ ихъ общественной и частной жизни. А этотъ выводъ даетъ намъ возможность отвѣтить на поставленный выше вопросъ: какіе задатки имѣло ученіе клас. юристовъ о естественномъ правѣ для практическаго примѣненія? или иначе: какова была жизнеспособность этого ученія? Отвѣтъ долженъ быть слѣдующій: ученіе стоиковъ о естественномъ правѣ, какъ тѣсно связанное со всею ихъ этикой, въ умахъ Римлянъ вообще и въ особенности въ умахъ юристовъ превратилось изъ отвлеченнаго теоретическаго взгляда въ практическое вѣрованіе, которое, какъ таковое, естественно побуждало Римлянъ перенести его основные пункты въ сферу дѣйствительной жизни.

124) Ib. стр. 279.

ГЛАВА III.

Анализъ источниковъ, содержащихъ ученіе классическихъ юристовъ объ общенародномъ правѣ.

Познакомившись съ элементами, изъ которыхъ сложилось ученіе классическихъ юристовъ объ общенародномъ правѣ, мы можемъ приступить къ изложенію и анализу самыхъ источниковъ, въ которыхъ сохранилось до насъ это ученіе [125]). По причинамъ, которыя будутъ видны при дальнѣйшемъ изложеніи, мы считаемъ необходимымъ раздѣлить всю массу источниковъ на четыре группы. Къ первой будутъ относиться мѣста, принадлежащія исключительно Гаю; къ остальнымъ тремъ—мѣста всѣхъ прочихъ юристовъ.

Начнемъ съ Гая. Самое главное мѣсто, какъ по полнотѣ и опредѣленности своей, такъ и по тому замѣшательству, которое оно произвело среди толкователей римскаго права, находимъ въ самомъ началѣ Институцій Гая. Оно гласитъ: „всѣ народы, управляемые законами и обычаями, пользуются частью своимъ

---

125) При этомъ читатель можетъ убѣдиться, что мы имѣли основательныя причины различать въ ученіи юристовъ два элемента.

собственнымъ правомъ, частью правомъ общимъ всѣмъ людямъ: ибо то право, которое каждый народъ самъ установляетъ для себя, свойственно только ему одному и называется цивильнымъ, какъ бы право, свойственное только опредѣленному государству (civitatis); то же право, которое естественный разумъ установляетъ между всѣми людьми, одинаково примѣняется у всѣхъ народовъ и называется общенароднымъ, какъ будто этимъ правомъ пользуются всѣ народы. И римскій народъ пользуется частью своимъ особеннымъ правомъ, частью правомъ общимъ всѣмъ людямъ" [126]).

Въ дополненіе къ этому мѣсту слѣдуетъ привести еще одно, взятое изъ другаго сочиненія Гая (Libri Rerum quotidianarum sive Aureorum), гдѣ онъ разсматриваетъ между прочимъ способы пріобрѣтенія права собственности. Тамъ говорится: „однѣ вещи мы пріобрѣтаемъ въ собственность на основаніи общенароднаго права, которое по естественному разуму примѣняется одинаково ко всѣмъ людямъ; другія вещи мы пріобрѣтаемъ на основаніи цивильнаго права. И такъ какъ общенародное право древнѣе, ибо оно создано одновременно съ самимъ родомъ человѣческимъ, то мы должны съ него начать свое изложеніе [127]).

[126]) Gai. I. 1.: «Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utuntur: nam quod quisque populus ipse sibi jus constituit, id ipsius proprium est vocaturque jus civile, quasi jus proprium ipsius civitatis; quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque jus gentium, quasi quo jure omnes gentes utuntur.»

[127]) D. 41, 1. fr. 1. pr.: Quarundam rerum dominium nanciscimur jure gentium, quod ratione naturali inter omnes homines peraeque

Эти два мѣста содержатъ въ себѣ всѣ признаки, которые Гай приписываетъ общенародному праву. Эти признаки суть слѣдующія [128]).

1) Общенародное право установляется естественнымъ разумомъ (ratio naturalis). Этотъ признакъ Гай приводитъ не въ одномъ только общемъ опредѣленіи понятія общенароднаго права; онъ настойчиво возвращается къ нему по различнымъ поводамъ. Такъ, кромѣ только что приведеннаго мѣста изъ его „Обыденныхъ вещей", въ Институціяхъ, по поводу договора товарищества, онъ одновременно замѣчаетъ, что эта сдѣлка принадлежитъ къ общенародному праву и что по естественному разуму всѣ люди могутъ заключать ее [129]). Въ приведенномъ выше мѣстѣ изъ „Обыденныхъ вещей" Гай говоритъ, что онъ начнетъ свое изложеніе со способовъ общенароднаго права, и вслѣдъ затѣмъ, по поводу одного изъ этихъ способовъ (occupatio), говоритъ, что вещи безхозяйныя по естественному разуму становятся собственностью перваго завладѣвающаго ими [130]). Въ

servatur, quarundam jure civili.... et quia antiquius jus gentium cum ipso genere humano proditum est, opus est, ut de hoc prius referendum sit.

[128]) См. объ этомъ Voigt. I. §§. 79—82.

[129]) Gai III. 154: «Item si cujus ex sociis bona publice aut privatim venierint, solvitur societas; sed hoc quoque casu societas de..... consensu contrahitur nudo, juris gentium..... omnes homines naturali ratione possunt». Манускриптъ въ томъ мѣстѣ, гдѣ помѣщаются эти слова, испорченъ, вслѣдствіе чего въ цитуемомъ параграфѣ есть пробѣлы. Но они не лишаютъ сохранившіяся слова того общаго смысла, который указанъ нами въ текстѣ. Ср. примѣчаніе Бёкинга къ Институц. Гая, изданіе 4-е 1855 г. стр. 222.

[130]) D. 41, 1. fr. 3. pr.: «Quod enim nullius est, id ratione naturali occupanti conceditur».

томъ же сочиненіи Гай къ способамъ общенароднаго права, кромѣ завладѣнія (occupatio), относитъ между прочимъ военную добычу и передачу. Въ Институціяхъ же тѣ же самые способы онъ прямо основываетъ на естественномъ разумѣ [131]).

2) Второй признакъ общенароднаго права, по Гаю, есть тотъ, что оно имѣетъ силу для всѣхъ людей. Что Гай дѣйствительно приписывалъ общенародному праву этотъ признакъ, это подтверждается, кромѣ вышеприведеннаго общаго опредѣленія (Gai. I. 1), слѣдующими мѣстами изъ сочиненій этого юриста. Въ Институціяхъ въ отдѣлѣ объ обязательствахъ говорится между прочимъ: „словесное обязательство, заключаемое посредствомъ словъ „Dari spondes? spondeo", доступно только однимъ римскимъ гражданамъ; но остальныя формы словесныхъ обязательствъ принадлежатъ къ общенародному праву и потому имѣютъ силу между всѣми людьми, будутъ ли они римскіе граждане или иностранцы [132])". Нѣ-

---

[131]) D. 41, 1. fr. 1, 5. § 7., 9. § 3. Ср. Gai. II. 66, 67, 69. Фойгтъ приводитъ для той же цѣли еще одно мѣсто Гая, а именно Gai. I. 189: «sed inpuberes quidem in tutela esse omnium civitatium jure contingit; quia id naturali rationi conveniens est, ut is, qui perfectae aetatis non sit, alterius tutela regatur». Такъ какъ Гай въ своемъ общемъ опредѣленіи общенароднаго права (Inst. I. 1.) говоритъ, что оно имѣетъ силу во всѣхъ государствахъ (apud omnes populos), то Фойгтъ думаетъ, что выраженіе «jus omnium civitatium» означаетъ общенародное право, и отсюда уже заключаетъ, что Гай въ этомъ мѣстѣ основываетъ общенарод. пр. на естественномъ разумѣ. Но я считаю сомнительнымъ предположеніе, что Гай въ цит. мѣстѣ говоритъ о jus gentium, а потому и не рѣшаюсь пользоваться тѣмъ мѣстомъ для настоящаго вопроса.

[132]) Gai. III. 93: «Sed haec quidem verborum obligatio Dari spondes? spondeo propria civium Romanorum est, ceterae vero juris gentium sunt, itaque inter omnes homines, sive cives Romanos sive peregrinos, valent».

сколько ниже, указавши на виды письменныхъ обязательствъ (litterarum obligationes), Гай говоритъ, что съ этими последними недолжно смѣшивать „кассовыя обязательства“ (arcaria nomina), такъ какъ они установляются дѣйствительной выдачей денегъ должнику и слѣдовательно принадлежатъ къ реальнымъ контрактамъ [133]). „По этому справедливо говорится, что кассовыя обязательства доступны и для иностранцевъ, ибо они установляются не занесеніемъ въ книгу (non ipso nomine), а дѣйствительной выдачей денегъ; этотъ родъ обязательствъ принадлежитъ къ общенародному праву [134])“. Сказать, что обязательство равно доступно для римскихъ гражданъ и для иностранцевъ, все равно, что признать его доступнымъ для всѣхъ людей.

Нижеслѣдующія два мѣста замѣчательны тѣмъ, что они не только приписываютъ общенародному праву разсматриваемый нами признакъ, но въ тоже время

---

[133]) Чтобы слова Гая были совершенно понятны, необходимо припомнить слѣдующее: письменныя обязательства установлялись так. обр.: кредиторъ отмѣчалъ въ особой книгѣ, имѣвшейся у каждаго Римлянина (codices accepti et expensi), что онъ выдалъ должнику такую-то сумму денегъ. Хотя бы въ дѣйствительности онъ такой суммы не выдавалъ, но одного ея занесенія, разумѣется съ согласія должника, достаточно было, чтобы этотъ послѣдній считался обязаннымъ выплатить ее. Слѣдовательно основаніемъ обязательства здѣсь служило одинъ формальный актъ занесенія извѣстной суммы (nomen) въ особую книгу. Но иногда Римляне отмѣчали въ этой книгѣ дѣйствительную заимообразную выдачу денегъ изъ своей наличной кассы (arca). Въ такомъ случаѣ обязательство (заемъ) установлялось не формальнымъ актомъ занесенія въ книгу (littera), а дѣйствительной выдачей самыхъ денегъ (re), слѣдовательно относилось къ реальнымъ контрактамъ.

[134]) Gai. III. 132: «Unde proprie dicitur arcariis nominibus etiam peregrinos obligari, quia non ipso nomine, sed numeratione pecuniae obligantur; quod genus obligationis juris gentium est».

ставятъ его въ причинную связь съ естественнымъ разумомъ. Мы уже имѣли случай приводить эти мѣста: въ одномъ изъ нихъ говорится, что товарищество, договоръ общенароднаго права, по естественному разуму доступенъ для всѣхъ людей [135]); другое гласитъ: „нѣкоторыя вещи мы пріобрѣтаемъ въ собственность способами общенароднаго права, которое по естественному разуму одинаково примѣняется ко всѣмъ людямъ [136])".

3) Третій признакъ общенароднаго права, по Гаю, состоитъ въ томъ, что оно примѣняется одинаково у всѣхъ народовъ. Объ этомъ признакѣ Гай упоминаетъ, кромѣ общаго опредѣленія (J. I. 1), только одинъ разъ: „подъ властью состоятъ рабы у своихъ господъ. Эта власть принадлежитъ къ области общенароднаго права, ибо мы можемъ замѣтить, что у всѣхъ народовъ господа имѣютъ право жизни и смерти надъ своими рабами" [137]).

4) Наконецъ, четвертый признакъ есть вѣчно неизмѣнное существованіе общенароднаго права. Въ приведенномъ выше мѣстѣ, гдѣ говорится о дѣленіи всѣхъ способовъ пріобрѣтенія собственности, Гай замѣчаетъ, что общенародное право создано вмѣстѣ съ самимъ родомъ человѣческимъ [138]).

Читатель конечно замѣтилъ, что всѣ четыре признака, приписываемые Гаемъ общенародному праву, суть

---

[135]) Eod. 154.

[136]) D. 41, 1. fr. 1. pr. См. выше пр. 127.

[137]) Gai. I. 52: «Quae quidem potestas juris gentium est: nam apud omnes peraeque gentes animadvertere possumus dominis in servos vitae necisque potestatem esse.

[138]) D. 41, 1. fr. 1. pr.

тѣ самые, которые стоиками приписываются праву естественному. Въ своемъ общемъ опредѣленіи понятія объ общенародномъ правѣ Гай соединяетъ всѣ эти признаки вмѣстѣ (кромѣ послѣдняго) и тѣмъ самымъ совершенно ясно объявляетъ общенародное право тождественнымъ съ естественнымъ. Почти во всѣхъ остальныхъ приведенныхъ нами мѣстахъ, гдѣ признаки общенароднаго права приводятся отдѣльно или не въ полномъ сочетаніи, мысль о тождествѣ обоихъ правъ видна совершенно ясно.

Въ виду такой рѣшительности отождествленія весьма странно на первый взглядъ встрѣчать у Гая такія мѣста, гдѣ онъ съ невозмутимымъ видомъ и безъ всякой оговорки приводитъ институты общенароднаго права, противорѣчащіе или несообразные съ естественнымъ разумомъ. Такихъ мѣстъ два. Въ первой книгѣ Институцій, разсматривая, какія лица находятся подъ чужою властью, Гай говоритъ: „рабы находятся подъ властью своихъ господъ. Эта власть принадлежитъ къ области общенароднаго права; ибо мы можемъ замѣтить, что у всѣхъ народовъ одинаково господа имѣютъ право жизни и смерти надъ своими рабами и все пріобрѣтаемое рабомъ становится достояніемъ его господина [139].“ И ни одного слова болѣе: какъ будто Гай, приводя одинъ изъ признаковъ общенароднаго права, совершенно забылъ о другомъ его признакѣ, о его естественной разумности, которая отрицаетъ рабство, ибо признаетъ всѣхъ людей равными! Въ другомъ мѣстѣ Институцій, отчасти уже цитованномъ нами, по поводу словесныхъ обяза-

[139]) Gai. I. 52. См. выше прим. 137.

тельствъ Гай говоритъ: „словесное обязательство, заключаемое посредствомъ словъ „Dari spondes? spondeo“, доступно только однимъ римскимъ гражданамъ; остальныя же формы принадлежатъ къ общенародному праву и потому имѣютъ силу между всѣми людьми, будутъ ли то римскіе граждане или иностранцы“; при этомъ все равно, на какомъ языкѣ заключается обязательство, лишь бы стороны понимали другъ друга.“ Но обязательство въ формѣ „Dari spondes? spondeo“ до такой степени свойственно только римскимъ гражданамъ, что не можетъ быть съ точностью передано по гречески даже съ помощью объясненія, хотя и говорятъ, что эта форма создана по греческому образцу“ [140]. По естественному разуму договоръ обязателенъ для контрагентовъ не потому, что онъ облеченъ въ извѣстную форму, а потому, что стороны вступили въ соглашеніе, дали другъ другу обѣщаніе совершить извѣстное дѣйствіе. Поэтому съ точки зрѣнія естественнаго разума форма „Dari spondes? spondeo“ столько же обязательна для иностранца, сколько и всѣ другія формы словеснаго обязательства. Нельзя думать, чтобы Гай не зналъ этого, а между тѣмъ въ приведенномъ мѣстѣ онъ не обнаруживаетъ ни малѣйшей попытки вскрыть или устранить несогласіе общенароднаго права съ естественнымъ разумомъ.

Итакъ, Гай съ одной стороны провозглашаетъ тождество общенароднаго права съ естественнымъ, съ

[140]) Gai. III. 93. Начальныя слова этого параграфа приведены выше см. пр. 132. Конецъ гласитъ: «at illa verborum obligatio Dari spondes? spondeo adeo propria civium Romanorum est, ut ne quidem in Graecum sermonem per interpretationem proprie transferri possit, quamvis dicatur a Graeca voce figurata esse.»

другой же безъ всякой оговорки признаетъ въ силѣ такіе институты перваго, которые противорѣчатъ послѣднему. Мы не можемъ объяснить такой фактъ простымъ недосмотромъ со стороны Гая не только въ виду многихъ высокихъ достоинствъ сочиненій этого юрисконсульта, но главнымъ образомъ въ виду того, что Гай въ другихъ случаяхъ очень тщательно отмѣчаетъ согласіе общенароднаго права съ естественнымъ разумомъ. Видно, что онъ постоянно держитъ въ головѣ мысль объ этомъ согласіи. Какъ же объяснить его хладнокровное молчаніе при встрѣчѣ съ разногласіемъ обоихъ правъ? Прежде, чѣмъ отвѣчать на этотъ вопросъ, мы должны познакомиться съ ученіемъ другихъ юристовъ объ общенародномъ правѣ.

Вторую группу источниковъ, содержащихъ въ себѣ ученіе классическихъ юристовъ объ общенародномъ правѣ, будутъ составлять мѣста, которыя, взятыя сами по себѣ, могутъ возбудить при ихъ толкованіи нѣкоторое сомнѣніе по вопросу о томъ, въ какое отношеніе ставятъ они общенародное право къ естественному, объявляютъ ли они оба права тождественными, подобно Гаю, или же только согласными другъ съ другомъ въ извѣстныхъ пунктахъ. Отличительная черта всѣхъ тѣхъ мѣстъ (и причина ихъ сомнительности) состоитъ въ томъ, что одинъ и тотъ же юристъ одно и тоже правило или институтъ относитъ то къ естественному, то къ общенародному праву, а иногда — къ тому и другому сразу.

Мы начнемъ съ тѣхъ сомнительныхъ мѣстъ, которыя принадлежатъ Ульпіану, такъ какъ относительно ихъ есть толкованіе у Фойгта, съ которымъ мы не согласны. Предварительно необходимо замѣтить слѣ-

дующее. Излагая ученіе Ульпіана о естественномъ правѣ, мы указали на кажущееся противорѣчіе между отдѣльными мѣстами, сохранившими для насъ это ученіе: въ одномъ мѣстѣ Ульпіанъ считаетъ естественное право общимъ для людей и животныхъ, въ другихъ мѣстахъ онъ говоритъ о такихъ институтахъ естественнаго права, которые свойственны только людямъ. Для устраненія этого противорѣчія Фойгтъ предлагаетъ такую гипотезу: Ульпіанъ признаетъ два вида естественнаго права; одно — общее людямъ съ животными, другое—свойственное только людямъ. На чемъ основываетъ Фойгтъ свою гипотезу, это для насъ теперь не важно. Но интересно то, что, по его мнѣнію, Ульпіанъ человѣческое естественное право отождествляетъ, подобно Гаю, съ общенароднымъ правомъ. Такъ какъ мы не согласны съ этимъ мнѣніемъ и такъ какъ для насъ необходимо имѣть по возможности ясный взглядъ на ученіе Ульпіана объ общенародномъ правѣ, то мы должны разсмотрѣть подробно, на чемъ Фойгтъ основываетъ свое мнѣніе.

Къ заключенію своему Фойгтъ приходитъ не прямымъ, а косвеннымъ путемъ [141]). Первый доводъ его заключается въ довольно сложныхъ соображеніяхъ по поводу слѣдующихъ трехъ мѣстъ Ульпіана. Въ 4-й книгѣ толкованій на Эдиктъ Ульпіанъ говоритъ, что одни договоры общенароднаго права (conventiones juris gentium) даютъ право на искъ, а другіе только на эксцепцію; обязательства, вытекающія изъ договоровъ перваго рода (напр. куплю-продажу, наемъ, ссуду, безъименные контракты), онъ называетъ

141) См. Voigt. I. § 92. A. См. также § 57 и стр. 414.

цивильными[142]). Въ другомъ мѣстѣ (Libri ad Sab). Ульпіанъ говоритъ: „новація есть переведеніе прежняго долга въ другое обязательство цивильное или естественное..... При этомъ не важно, каково было предшествующее обязательство, естественное ли, или цивильное или гонорарное, установленное словами или дачей вещи или простымъ соглашеніемъ.... лишь бы слѣдующее обязательство связывало должника цивильно или естественно, напр. если малолѣтній обѣщаетъ безъ авторитета опекуна“[143]). Наконецъ, въ третьемъ мѣстѣ (Lib. 7. Disputat.) говорится: „рабы обязываются посредствомъ гражданскихъ преступленій и остаются обязанными, даже если отпускаются на волю; посредствомъ контрактовъ они не обязываются цивильно, но естественно и обязываются и обязываютъ“[144]).

---

[142]) D. 2, 14. fr. 7. pr. §§ 1. 2.: «Juris gentium conventiones quaedam actiones pariunt, quaedam exceptiones. § 1. Quae pariunt actiones in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus, ut emtio, venditio, locatio, conductio, societas, commodatum, depositum, et ceteri similes contractus. § 2. Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit, esse obligationem; utputa dedi tibi rem, ut mihi aliam dares, dedi, ut aliquid facias, hoc συνάλλαγμα esse, et hinc nasci civilem obligationem.

[143]) D. 46, 2. fr. 1.: «Novatio est prioris debiti in aliam obligationem, vel civilem vel naturalem, transfusio atque translatio..... § 1. Illud non interest, qualis processit obligatio, utrum naturalis, an civilis, an honoraria, et utrum verbis, an re, an consensu; qualiscunque igitur obligatio sit, quae praecessit, novari verbis potest, dummodo sequens obligatio aut civiliter teneat, aut naturaliter, ut puta si pupillus sine tutoris auctoritate promiserit».

[144]) D. 44, 7. fr. 14.: «Servi ex delictis quidem obligantur; et si manumittantur, obligati remanent; ex contractibus autem civiliter quidem non obligantur, sed naturaliter et obligantur et obligant».

На основаніи этихъ мѣстъ Фойгтъ строитъ слѣдующія соображенія и заключенія: въ первомъ изъ приведенныхъ мѣстъ (fr. 7. pr.) Ульпіанъ всѣ обязательства общенароднаго права дѣлитъ на исковыя и не исковыя (защищаемыя только эксцепціей), причемъ исковыя онъ называетъ цивильными. Въ слѣдующихъ двухъ мѣстахъ Ульпіанъ также различаетъ два рода обязательствъ; одни онъ называетъ также цивильными, а другія — естественными. Очевидно, думаетъ Фойгтъ, обѣ противуположности цивильныхъ обязательствъ суть одно и тоже. То, что Ульпіанъ въ одномъ мѣстѣ называетъ неисковымъ обязательствомъ общенароднаго права, въ другомъ мѣстѣ онъ называетъ естественнымъ обязательствомъ. А если такъ, то значитъ Ульпіанъ неисковыя обязательства общенароднаго права отождествляетъ съ естественными обязательствами (т. е. опирающимися въ своемъ дѣйствіи на естественное право), слѣдовательно относитъ первыя къ тому естественному праву, которое свойственно только однимъ людямъ. Далѣе Фойгтъ не развиваетъ своихъ соображеній, но, приступая къ разбору мѣстъ Ульпіана, онъ прямо говоритъ, что этотъ юристъ, подобно Гаю, отождествляетъ общенародное право съ естественнымъ человѣческимъ правомъ (I, стр. 458). Поэтому, чтобы объяснить, какимъ образомъ Фойгтъ пришелъ къ этому послѣднему положенію, мы въ правѣ предположить, что въ умѣ своемъ онъ дополнилъ вышеозначенныя заключенія еще однимъ: изъ того, что Ульпіанъ неисковыя обязательства общенароднаго права относитъ къ естественному праву, онъ заключилъ, что римскій юристъ и все общенародное право отождествляетъ съ естественнымъ!

Очевидно, что Фойгтъ дѣлаетъ логическую ошибку: отъ тождества частей онъ заключаетъ къ тождеству цѣлыхъ. Но, замѣтимъ, точно также ошибочно было бы утверждать и то, что Ульпіанъ въ приведенныхъ мѣстахъ признаетъ только частичное согласіе обоихъ правъ, совпаденіе ихъ правилъ только по нѣкоторымъ пунктамъ. Характеръ выраженій юриста таковъ, что онъ даетъ мѣсто всякимъ догадкамъ.

Другой доводъ, на которомъ Фойгтъ основываетъ свое мнѣніе о тождествѣ обоихъ правъ, заключается въ сопоставленіи слѣдующихъ двухъ мѣстъ: въ своихъ Институціяхъ, говоря о прекаріи (precarium), Ульпіанъ замѣчаетъ, что это обязательство происходитъ изъ общенароднаго права; а въ толкованіяхъ къ эдикту, содержащему въ себѣ постановленія о прекаріи, онъ говоритъ, что эти постановленія согласны съ естественною справедливостью, „ибо по природѣ справедливо, чтобы ты до тѣхъ поръ пользовался моею щедростью, пока я этого хочу, и чтобы я могъ возвратить свою вещь, какъ скоро перемѣню свое намѣреніе“ [145]. Но очевидно, что и въ этомъ случаѣ Фойгтъ повторяетъ указанную уже ошибку: изъ приведенныхъ мѣстъ нельзя заключать ни о тождествѣ общенароднаго права съ естественнымъ, ни о ихъ исключительно частичномъ согласіи.

Наконецъ, третій доводъ Фойгтъ черпаетъ изъ слѣдующаго мѣста Ульпіана: „и рабъ можетъ быть осво-

---

[145]) D. 43, 26. fr. 1. § 1.: «Quod genus liberalitatis (sc. precarium) ex jure gentium descendit». Eod. fr. 2. § 2.: «Et naturalem habet (sc. interdictum de precario) in se aequitatem, namque precarium revocare volenti competit. Est enim natura aequum tamdiu te liberalitate mea uti, quamdiu ego velim, et ut possim revocare, quum mutavero voluntatem».

бождаемъ отъ обязательства посредствомъ акцептиляціи; этимъ же способомъ прекращаются и гонорарныя обязательства, если таковыя существуютъ противъ его господина, ибо акцептиляція относится къ общенародному праву“ [146]). Фойгтъ аргументируетъ такимъ образ. [147]): Ульпіанъ объявляетъ раба способнымъ къ акцептиляціи на томъ основаніи, что она есть институтъ общенароднаго права; между тѣмъ извѣстно, что Ульпіанъ считаетъ раба способнымъ только къ такимъ обязательственнымъ отношеніямъ, которыя основываются на естественномъ правѣ [148]); слѣдовательно для него общенародное право и естественное (человѣческое)—одно и тоже.

Если разсматривать вышеприведенное мѣсто Ульпіана только въ томъ сопоставленіи, какое мы сейчасъ сдѣлали, приводя аргументацію Фойгта, то это мѣсто могло бы говорить въ пользу отождествленія, такъ какъ послѣднія слова его имѣютъ такую общую форму, какъ будто Ульпіанъ хотѣлъ сказать, что все, принадлежащее къ области общенароднаго права, eo ipso приложимо къ рабамъ. Но дѣло въ томъ, что мы имѣемъ другія мѣста Ульпіана, которыя исключаютъ всякую возможность толковать разбираемое нами мѣсто въ томъ смыслѣ, какой придаетъ ему Фойгтъ [149]).

---

[146]) D. 46, 4. fr. 8. § 4.: «—nam et servus accepto liberari potest; et tolluntur etiam honorariae obligationes, si quae sunt adversus dominum, quia hoc jure utimur, ut juris gentium sit acceptilatio.»

[147]) Voigt. I. стр. 405. not. 577 и стр. 459.

[148]) См. мѣста Ульпіана, приведенныя выше по поводу перваго довода Фойгта.

[149]) Существованіе подобныхъ мѣстъ признаетъ и Фойгтъ I. стр. 405. not. 577.

Такъ въ своихъ институціяхъ Ульпіанъ говоритъ прямо, что рабство введено общенароднымъ правомъ вопреки естественному [150]). Намъ также извѣстно, что Ульпіанъ относитъ къ общенародному праву многія исковыя обязательства, которыя онъ называетъ цивильными (слѣдовательно относящимися не къ естественному праву) и считаетъ недоступными для рабовъ (civiliter non obligantur) [151]). Эти мѣста лишаютъ вышеприведенныя слова Ульпіана объ акцептиляціи того значенія, которое хотѣлъ имъ придать Фойгтъ, хотя, повторяемъ, разсмотрѣніе этихъ словъ самихъ по себѣ, внѣ связи съ другими мѣстами, очень легко можетъ повести къ тому заключенію, къ которому пришелъ Фойгтъ. Въ свое время мы постараемся дать имъ удовлетворительное объясненіе.

Переходимъ къ другимъ юристамъ. Павелъ говоритъ: „тотъ долженъ по природѣ, кто долженъ дать что либо въ силу общенароднаго права и съ кѣмъ мы вступили въ соглашеніе, полагаясь на его добросовѣстность“ [152]). Это мѣсто можетъ вызвать такое толкованіе: долгъ по природѣ все равно, что обязательство, основывающееся на естественномъ правѣ; поэтому мысль Павла иначе можетъ быть выражена такимъ образомъ: всякое обязательство естествен-

---

[150]) D. 1, 1. fr. 4.: «Quae res (sc. manumissio) a jure gentium originem sumpsit, utpote quum jure naturali omnes liberi nascerentur, nec esset nota manumissio, quum servitus esset incognita; sed posteaquam jure gentium servitus invasit, secutum est beneficium manumissionis.»

[151]) См. мѣста, приведенныя выше, какъ основаніе для перваго довода Фойгта.

[152]) D. 50, 17. fr. 84 § 1: Is natura debet, quem jure gentium dare oportet, cujus fidem secuti sumus.

наго права есть въ тоже время обязательство общенароднаго права; а изъ такого общаго замѣчанія можно съ нѣкоторою вѣроятностью заключать, что Павелъ отождествляетъ естественное право съ общенароднымъ. Мы называемъ такое заключеніе до нѣкоторой степени вѣроятнымъ только потому, что Фойгтъ по поводу ученія Ульпіана представилъ намъ образецъ и болѣе смѣлыхъ заключеній. Что касается до насъ, то мы такого заключенія рѣшительно не допускаемъ по той простой причинѣ, что оно противорѣчитъ логикѣ. Мы не рѣшаемся изъ приведеннаго мѣста сдѣлать даже болѣе ограниченное заключеніе, именно то, что Павелъ объявляетъ обязательства (только) естественнаго права тождественными съ обязательствами общенароднаго права. Этому, во первыхъ, противорѣчитъ то обстоятельство, что въ области общенароднаго права есть обязательства, къ которымъ ни въ какомъ случаѣ нельзя приложить выраженіе „natura debere.“ Это выраженіе можетъ быть употребляемо въ трояком смыслѣ: или оно означаетъ обязательства, которыхъ основаніе (causa obligandi) заключается не въ какомъ нибудь идеальномъ актѣ, каково напр. торжественное обѣщаніе должника, а въ дачѣ (numeratio) и принятіи какой ниб. вещи, въ актѣ реальномъ, каковъ напр. заемъ [153]); или выраженіе „natura debere“ означаетъ такія обязательства, которыя хотя возникаютъ изъ основанія, признаваемаго римскимъ правомъ (causa civilis), но по извѣстнымъ причинамъ не защищаются искомъ—естествен-

---

[153]) D. 45, 1. fr. 126. § 2. См. Schwanert Die Naturalobligationen der Röm, R. Göttingen, 1861. § 7.

ныя обязательства (obligationes naturales) въ специальномъ значенiи этого слова; или, наконецъ, „natura debere“ означаетъ такiя обязательства, которыя не имѣютъ никакого цивильнаго основанiя, возникаютъ изъ безформенныхъ соглашенiй (nudae pactiones) и защищаются посредствомъ эксцепцiи [154]). Если мы въ вышеуказанномъ мѣстѣ Павла подъ словами „natura debet“ будемъ разумѣть всѣ эти три вида обязательствъ, то и тогда эти послѣднiя не покроютъ всѣхъ видовъ обязательствъ, относящихся къ общенародному праву, ибо извѣстно, что къ общенародному праву принадлежали почти всѣ виды стипуляцiй, а по мнѣнiю нѣкоторыхъ юристовъ и одинъ видъ письменныхъ контрактовъ (a re in personam) [155]) — обязательства, которыя никто не подводитъ подъ выраженiе „natura debet.“

Во вторыхъ, есть и еще одно обстоятельство, недозволяющее признать въ словахъ Павла отождествленiе обязательствъ естественнаго и общенароднаго права. Въ концѣ разсматриваемаго нами мѣста стоятъ слова: „съ кѣмъ мы вступили въ соглашенiе, полагаясь на его добросовѣстность“. Для чего прибавлены эти слова? Едва ли только для того, чтобы выразить общую мысль о необходимости честно исполнять всякiй договоръ. Къ такому плоскому объясненiю можно прибѣгать только въ крайности, которой въ данномъ случаѣ нѣтъ. Вѣроятнѣе всего Павелъ прибавилъ послѣднiя слова для того, чтобы обозначить точнѣе тотъ родъ обязательствъ, который онъ имѣлъ въ виду, а

---

[154]) Schwanert. указ. соч. § 6.
[155]) Gai. III. 93, 133.

именно тѣ обязательства, въ которыхъ кредиторъ, не будучи защищенъ искомъ, очень часто можетъ ожидать исполненія только въ надеждѣ на добросовѣстность должника: таковы именно естественныя обязательства (obligationes naturales) въ тѣсномъ смыслѣ и, пожалуй, также и тѣ, которыя основываются на безформенныхъ соглашеніяхъ (nudae pactiones).

Итакъ, Павелъ въ обсуждаемомъ мѣстѣ не отождествляетъ ни обоихъ правъ вообще, ни обязательствъ того и другаго права. Послѣ нашего подробнаго разбора нетрудно опредѣлить, какой смыслъ имѣетъ въ данномъ мѣстѣ сопоставленіе общенароднаго права съ естественнымъ: Павелъ только объявляетъ, что въ нѣкоторыхъ видахъ обязательствъ общенародное и естественное право согласны между собой. Однако это заключеніе не лишаетъ мѣсто его сомнительнаго характера, ибо до истиннаго смысла его мы добрались только послѣ довольно сложныхъ сопоставленій. Собственныя же его выраженія очень легко могутъ навести и дѣйствительно наводили на мысль о тождествѣ обоихъ правъ.

У Павла есть еще одно мѣсто, которое мы также должны причислить къ числу сомнительныхъ, что̀ касается до вопроса объ отношеніи общенароднаго права къ естественному. „Договоръ найма", говорится въ толкованіяхъ юриста къ Эдикту, „будучи естественнымъ и общенароднымъ, заключается не посредствомъ торжественныхъ словъ, а обоюднымъ соглашеніемъ, также какъ и купля-продажа" [157]). Это

[157]) D. 19, 2. fr. 1.: Locatio et conductio, quum naturalis sit et omnium gentium, non verbis, sed consensu contrahi ur, sicut emtio et venditio.

мѣсто] можетъ возбудить и не возбудить сомнѣніе, смотря по тому, какъ мы будемъ толковать выраженіе „общенародный, omnium gentium“ [158]). Если Павелъ употребилъ это выраженіе для описанія одного изъ признаковъ естественнаго права, т. е. его примѣнимости у всѣхъ людей (или народовъ), въ такомъ случаѣ мѣсто не имѣетъ для насъ интереса по вопросу объ отношеніи обоихъ правъ, ибо при такомъ толкованіи слова Павла будутъ относиться только къ одному естественному праву. Но возможно и другое толкованіе которое мы признаемъ за единственно вѣрное: выраженіе „общенародный, omnium gentium“ означаетъ принадлежность договора найма къ общенародному праву. Вѣрность такого толкованія вытекаетъ прежде всего изъ натянутости перваго: въ самомъ дѣлѣ, для какой цѣли Павелъ сталъ бы указывать на одинъ изъ признаковъ естественнаго права, т. е. на примѣнимость договора у всѣхъ народовъ? объяснялъ ли онъ такимъ образомъ, почему наемъ установляется обоюднымъ соглашеніемъ? Прибавка „et omnium gentium“ при первомъ толкованіи лишена всякаго смысла. Напротивъ, при второмъ—она выражаетъ желаніе Павла доказать вѣрность своего положенія ссылкой не только на естественное право, но и на общенародное. Этотъ взглядъ подкрѣпляется другимъ мѣстомъ Павла, гдѣ онъ говоритъ: „купля принадлежитъ къ общенародному праву и потому совершается посредствомъ соглашенія и можетъ быть заключаема между отсутствующими черезъ вѣстника или черезъ

---

[158]) Срв. Voigt. I. стр. 411.

письмо". [159]) Это место стоитъ въ связи съ предыдущимъ. Оно помѣщается въ томъ же самомъ сочиненіи (толкованіе къ Эдикту) и притомъ въ книгѣ, непосредственно предшествующей той, къ которой относится мѣсто о наймѣ. Въ этомъ послѣднемъ мѣстѣ по поводу способа совершенія договора дѣлается ссылка на куплю, сходную по способу совершенія. Обращаясь къ мѣсту о куплѣ, мы видимъ, во первыхъ, что въ немъ договоръ купли прямо принадлежитъ къ общенародному праву и, во вторыхъ, что эта самая принадлежность выставляется причиной, почему купля совершается посредствомъ соглашенія (est autem emtio juris gentium et ideo consensu peragitur). Такимъ образомъ это второе мѣсто Павла вдвойнѣ подкрѣпляетъ наше толкованіе мѣста о наймѣ: мы говорили, что Павелъ хочетъ здѣсь способъ заключенія договора найма объяснить ссылкой не только на естественное, но и на общенародное право; и мѣсто о куплѣ такую же ссылку употребляетъ для той же самой цѣли; кромѣ того мѣсто о куплѣ представляетъ и чисто внѣшнее подкрѣпленіе: въ немъ прямо относится къ общенародному праву институтъ, на который, какъ на аналогичный, Павелъ ссылается, говоря о наймѣ.

Итакъ, мы утверждаемъ, что Павелъ въ мѣстѣ о наймѣ относитъ этотъ договоръ не къ одному только естественному, но и къ общенародному праву. Какъ мы должны понимать сопоставленіе въ данномъ мѣстѣ того и другаго права? Мы здѣсь должны повторить

---

[159]) D. 18, 1. fr. 1. § 2: «Est autem emtio juris gentium, et ideo consensu peragitur; et inter absentes contrahi potest, et per nuntium, et per litteras».

тоже, что говорили уже не одинъ разъ: признавать здѣсь отождествленіе того и другаго права было бы логической ошибкой; но, по неопредѣленности выраженій Павла, нельзя также утверждать и того, что, называя наемъ „естественнымъ и общенароднымъ", онъ имѣлъ въ виду согласіе обоихъ правъ только относительно этого договора.

Третій юристъ, отъ котораго дошли до насъ мѣста, возбуждающія при толкованіи сомнѣнія, подобныя только что описаннымъ, есть Марціанъ. Въ 3-й книгѣ своихъ институцій онъ говоритъ: „нѣкоторые предметы составляютъ общее достояніе всѣхъ людей въ силу естественнаго права.... Таковы: воздухъ, текучая вода, море и вслѣдствіе этого берега морскіе. Поэтому никому нельзя воспрепятствовать подходить къ берегу моря для ловли рыбы, лишь бы только онъ не касался дачь, строеній и памятниковъ, ибо они не составляютъ предметовъ общенароднаго права, подобно морю" [160]). Это мѣсто принадлежитъ къ числу наиболѣе сомнительныхъ: здѣсь Марціанъ безъ всякой оговорки одно и тоже правило попеременно относитъ то къ естественному, то къ общенародному праву, какъ будто онъ не дѣлаетъ никакого различія между этими правами [161]). Однако, оставаясь въ предѣлахъ

[160]) D. 1, 8. fr. 2 и 4.: «Quaedam naturali jure communia sunt omnium, quaedam universitatis, quaedam nullius, pleraque singulorum, quae variis ex causis cuique acquiruntur. § 1. Et quidem naturali jure omnium communia sunt illa: aër, aqua profluens, et mare, et per hoc litora maris. Fr. 4. Nemo igitur ad litus maris accedere prohibetur piscandi causa, dum tamen villis et aedificiis et monumentis abstineatur, quia non sunt juris gentium, sicut et mare.»

[161]) Такъ это мѣсто и понялъ Савиньи System des heut. Röm. R. т. I. прилож. 1. стр. 414.

строгой логики, мы и относительно этого мѣста должны отказаться отъ всякаго рѣшительнаго толкованія его, въ смыслѣ ли полнаго тождества или только частичнаго согласія обоихъ правъ.

Наконецъ, тотъ же самый сомнительный характеръ носитъ и одно мѣсто Трифонина: „добросовѣстность", сказано тамъ, „требуемая при контрактахъ, должна быть обсуждаема на основаніи высшей справедливости. Но должны ли мы оцѣнивать эту справедливость по одному только общенародному праву или же принимая во вниманіе и правила цивильныя и преторскія? Напр. находящійся подъ судомъ по обвиненію въ преступленіи отдалъ тебѣ на сохраненіе сто; затѣмъ въ наказаніе онъ былъ сосланъ на островъ и имѣніе его конфисковано; спрашивается: эти сто должны ли быть возвращены ему самому или же представлены въ казну? Если мы будемъ обращать вниманіе только на естественное и общенародное право, то сто должны быть возвращены тому, кто далъ ихъ; если же примемъ во вниманіе цивильное право и законный порядокъ, въ такомъ случаѣ сто должны быть отданы въ казну, ибо кто оказался виновнымъ передъ государствомъ, тотъ долженъ также страдать и отъ нужды, дабы другіе, имѣя въ виду такой примѣръ, боялись совершать преступленія" [162]). Если имѣть въ виду

[162]) D. 16, 3. fr. 31. pr.: «Bona fides, quae in contractibus exigitur, aequitatem summam desiderat. Sed eam utrum aestimamus ad merum jus gentium, an vero cum praeceptis civilibus et praetoriis? Veluti reus capitalis judicii deposuit apud te centum, is deportatus est, bona ejus publicata sunt, utrumne ipsi haec reddenda, an in publicum deferenda sint? Si tantum naturale et gentium jus intuemur, ei, qui dedit, restituenda sunt, si civile jus et legum ordinem, magis in publicum deferenda sunt; nam male meritus publice, ut exemplo aliis ad deterrenda maleficia sit, etiam egestate laborare debet».

только одну вторую половину этого мѣста, то оно не можетъ дать повода къ сомнѣнію, потому что въ ней естественное и общенародное право поставлены рядомъ, какъ два самостоятельныя понятія. Но сомнѣніе можетъ возникнуть при сравненіи съ первой половиной, гдѣ Трифонинъ цивильному и преторскому праву противополагаетъ только одно общенародное право. Такъ какъ онъ вслѣдъ затѣмъ для того же противуположенія говоритъ о естественномъ и общенародномъ правѣ, то можно было бы подумать, что онъ подъ обоими названіями разумѣетъ одно и тоже понятіе и потому для выраженія этого понятія употребляетъ безразлично то одно, то оба названія. Однако, не имѣя другихъ мѣстъ, гдѣ бы Трифонинъ прямо отождествлялъ оба права, имѣя здѣсь дѣло съ однимъ только цитованнымъ мѣстомъ, мы не можемъ сдѣлать такого заключенія, не погрѣшая противъ правилъ логики.

Этимъ мы оканчиваемъ разсмотрѣніе второй группы источниковъ. Общая отличительная черта всѣхъ относящихся сюда мѣстъ заключается въ томъ, что они представляютъ такое сопоставленіе общенароднаго права съ естественнымъ, изъ котораго никакъ нельзя съ достовѣрностью заключить, что это сопоставленіе есть отождествленіе обоихъ правъ, но также никакъ нельзя утверждать, что этого отождествленія нѣтъ, что юристы хотятъ указать единственно на согласіе обоихъ правъ лишь по данному вопросу. По этой причинѣ мы назвали всѣ вышеприведенныя мѣста сомнительными.—

Теперь намъ предстоитъ разсмотрѣть третью группу источниковъ, которая сходна съ предыдущею въ томъ, что относящіяся къ ней мѣста также сомни-

тельныя: читая ихъ, колеблешься между признаніемъ тождества обоихъ правъ или только частичнаго согласія. Но причина этого сомнѣнія нѣсколько иная, чѣмъ во второй группѣ, почему мы и излагаемъ эти новыя сомнительныя мѣста отдѣльно: юристы говорятъ въ нихъ только о естественномъ правѣ, не сопоставляя его съ общенароднымъ; но мы знаемъ изъ другихъ источниковъ, что правила, относимыя ими къ естественному праву, признаются въ тоже время и въ общенародномъ правѣ.

Ульпіанъ говоритъ: „законъ природы таковъ, что рожденный внѣ законнаго брака слѣдуетъ состоянію матери, если какой нибудь спеціальный законъ не постановляетъ инаго правила“ [163]). Такимъ образомъ правило, изложенное въ этомъ мѣстѣ, Ульпіанъ основываетъ только на естественномъ правѣ. Но изъ Институцій Гая (I, 80 — 86) мы знаемъ, что правило это признается общенароднымъ правомъ [164]).

Въ другомъ мѣстѣ Ульпіанъ разбираетъ слѣдующій практическій случай: нѣкто, обладавшій двумя земельными участками, прилегавшими къ морю, продалъ одинъ изъ нихъ съ тѣмъ условіемъ, чтобы покупщикъ не производилъ въ морѣ ловлю рыбы передъ тѣмъ участкомъ, который продавецъ удержалъ за собою. По поводу этого условія Ульпіанъ говоритъ:

---

163) D. 1, 5. fr. 24.: «Lex naturae haec est, ut qui nascitur sine legitimo matrimonio, matrem sequatur, nisi lex specialis aliud inducit.» Подъ законнымъ бракомъ здѣсь разумѣется римскій законный, возможный между лицами, имѣющими jus connubii.

164) Gai. I. 80.: «... semper conubium efficit, ut qui nascitur, patris condicioni accedat; aliter vero contracto matrimonio eum, qui nascitur, jure gentium matris condicionem sequi.»

„хотя частнымъ договоромъ нельзя налагать сервитутъ на море, ибо оно природою открыто для всѣхъ; однако, такъ какъ добросовѣстность при контрактахъ требуетъ соблюденія условій продажи, то владѣльцы участковъ или преемники ихъ права связаны соблюденіемъ условія продажи“ [165]). Здѣсь Ульпіанъ излагаетъ правило естественнаго права и не указываетъ на согласіе его съ общенароднымъ правомъ. Но мы уже знаемъ изъ предыдущаго изложенія, что Марціанъ относитъ доступность моря для всѣхъ людей какъ къ естественному, такъ и къ общенародному праву [166]).

Павелъ въ „Толкованіяхъ къ Сабину“ между прочимъ говоритъ: „кондикція (т. е. особый видъ обязательствъ) недолжно заплаченнаго естественна [167])“. Какъ извѣстно, это обязательство возникаетъ вслѣдствіе того, что кто нибудь, ошибочно считая себя чьимъ либо должникомъ, платитъ долгъ мнимому кредитору. Такъ какъ этотъ послѣдній неправильно обогащается на чужой счетъ, то уплатившій мнимый долгъ получаетъ право требовать отъ принявшаго уплату возвращенія ея. Въ приведенномъ мѣстѣ Павелъ говоритъ, что кондикція недолжнаго установляется естественнымъ правомъ, и ни словомъ не упоминаетъ о правѣ общенародномъ. Между тѣмъ мы знаемъ, что другіе юристы возводятъ эту кондикцію или вообще всѣ виды кондикцій къ общенародному праву. Такъ напр. Марціанъ говоритъ

---

165) D. 8, 4. fr. 13. pr.: «Quamvis mari, quod natura omnibus patet, servitus imponi privata lege non potest etc.»

166) См. прим. 160.

167) D. 12, 6. fr. 15. pr. «Jndebiti soluti condictio naturalis est».

ритъ „я думаю, что на основаніи общенароднаго права посредствомъ кондикцій требуются вещи отъ тѣхъ, кто владѣетъ ими не на законномъ основаніи [168]". Другой юристъ, Цельзъ, относитъ кондикцію недолжнаго къ общенародному праву, высказывая это не прямо, а косвенно, по поводу частнаго случая: „ты по ошибкѣ обѣщалъ (въ формѣ стипуляціи) недолжныя деньги; поручившійся за тебя заплатилъ эти деньги. Я думаю, что если поручитель платилъ отъ твоего имени, то ты будешь обязанъ заплатить поручителю, а стипуляторъ (т. е. тотъ, кому были обѣщаны деньги посредствомъ стипуляціи) тебѣ; при этомъ нѣтъ нужды ждать, чтобы ты одобрилъ платежъ поручителя, ибо, допуская его въ поручители, ты тѣмъ самымъ довѣрилъ ему платить отъ твоего имени. Если же поручитель заплатилъ отъ своего имени то, что онъ не былъ долженъ, то онъ самъ можетъ требовать возвращенія денегъ отъ стипулятора (это и будетъ кондикція), ибо онъ заплатилъ деньги—по общенародному праву недолжныя [169]". Что Цельзъ говоритъ здѣсь о кондикціи, это видно и изъ самаго содержанія мѣста и изъ того, что это послѣднее находится въ титулѣ, посвященномъ кондикціи недолжнаго. Указаніе, что кондикція недолжнаго принадлежитъ къ общенарод-

---

[168]) D. 25, 2. fr. 28: «Jure gentium condici puto posse res ab his, qui non ex justa causa possident».

[169]) D. 12, 6. de condict. indeb. fr. 47.: «Indebitam pecuniam per errorem promisisti; eam, qui pro te fidejusserat, solvit; ego existimo, si nomine tuo solverit fidejussor, te fidejussori, stipulatorem tibi obligatum fore, nec exspectandum est, ut ratum habeas, quoniam potes videri id ipsum mandasse, ut tuo nomine solveretur; sin autem fidejussor suo nomine solverit, quod non debebat, ipsum a stipulatore repetere posse, quoniam indebitam jure gentium pecuniam solvit».

ному праву, находится въ концѣ мѣста: съ точки зрѣнія цивильнаго права поручитель уплатилъ должное, ибо цивильное право ничего не говорило о недѣйствительности обѣщанія и поручительства за него въ томъ случаѣ, когда по ошибкѣ обѣщано было не должное; оно требовало только соблюденія извѣстныхъ формъ при сдѣлкахъ. Поэтому, опираясь на цивильное право, поручитель не могъ требовать назадъ уплаченнаго. Но общенародное право не ограничивалось формальной стороной; оно искало матерьяльной справедливости: съ его точки зрѣнія было вполнѣ справедливо требовать возвращенія того, что дано было единственно вслѣдствіе заблужденія (въ фактѣ). Поэтому мы должны понимать заключительныя слова Цельза въ томъ смыслѣ, что кондикція недолжнаго основывается на общенародномъ правѣ.

Къ этимъ мѣстамъ, носящимъ на себѣ всѣ тѣ черты, которыми мы охарактеризовали 3-ю группу, присоединимъ еще нѣсколько такихъ, гдѣ эти черты сохранились не вполнѣ отчетливо: въ этихъ мѣстахъ вездѣ говорится о правилахъ естественнаго права; но мы не можемъ въ параллель имъ привесть другія мѣста, гдѣ бы тѣ же самыя правила прямо относились къ общенародному праву, хотя по всему, что намъ извѣстно о римскомъ правѣ, принадлежность ихъ къ общенародному праву по меньшей мѣрѣ въ высшей степени вѣроятна и, сколько намъ извѣстно, никѣмъ изъ ученыхъ не оспаривалась.

Такимъ образомъ къ этимъ мѣстамъ мы отнесемъ слова Флорентина: „драгоцѣнные камни и вообще все, что мы найдемъ на морскомъ берегу, въ силу естественнаго права становится тотчасъ же на-

шею собственностью“ [170]). Что это правило признавалось въ общенародномъ правѣ, въ этомъ можно убѣдиться изъ сопоставленія мѣстъ Марціана и Гая. Намъ уже извѣстно, что Марціанъ въ своихъ Институціяхъ къ числу вещей, составляющихъ въ силу общенароднаго права общее достояніе, относитъ море и его берега и рыбу, плавающую въ морѣ [171]); эта послѣдняя, будучи поймана, конечно обращается въ частную собственность; такимъ образомъ до поимки она является, по общенародному праву, вещью безхозяйною, ничьею (res nullius). Очевидно, что камни, раковины и другіе предметы, находящіеся на морскомъ берегу, находятся совершенно въ такомъ же положеніи, какъ и морскія рыбы, слѣдовательно суть также вещи безхозяйныя. Это косвенно подтверждается и тѣмъ, что Марціанъ, перечисляя предметы, которые, находясь на морскомъ берегу, тѣмъ не менѣе не составляютъ общаго достоянія, вовсе не упоминаетъ о камняхъ, раковинахъ и другихъ движимыхъ вещахъ, а только называетъ зданія всякаго рода. Итакъ, мы можемъ признать, что по взгляду Марціана предметы, находимые на морскомъ берегу, суть вещи ничьи, безхозяйныя (res nullius). Относительно же этихъ вещей у Гая есть правило, которое онъ относитъ къ общенародному праву: „вещь безхозяйная становится собственностью перваго захватившаго ее“ [172]). Съ

[170]) D. 1, 8. fr. 3.: «Item lapilli, gemmae, ceteraque, quae in litore invenimus, jure naturali nostra statim fiunt.»

[171]) См. прим. 160.

[172]) D. 41, 1. fr. 3. pr.: «Quod enim nullius est, id ratione naturali occupanti conceditur». Хотя приводимое правило основывается здѣсь на естественномъ разумѣ, но Гай за нѣсколько строкъ передъ нимъ прямо говоритъ, что онъ приступаетъ къ изложенію способовъ пріобрѣтенія по общенародному праву. Ср. fr. 1. h. t.

помощью этихъ соображеній мы можемъ убѣдиться, что то правило, которое Флорентинъ возводитъ къ естественному праву, не говоря ничего о согласіи его съ правомъ общенароднымъ, на самомъ дѣлѣ признается и этимъ послѣднимъ.

Ульпіанъ въ толкованіяхъ къ эдикту говоритъ: „дозволяется отражать силу силою; это право установляется природою" [173]). Тоже самое говоритъ Флорентинъ: „естественное право дозволяетъ всякое дѣяніе для защиты своего тѣла; такъ какъ природа установила между нами нѣкотораго рода родство, то отсюда слѣдуетъ, что люди не должны строить козни другъ другу" [174]). Въ этихъ мѣстахъ оба юриста возводятъ къ естественному праву право необходимой обороны. Мы не можемъ указать такого мѣста, гдѣ бы другой юристъ указывалъ на признаніе необходимой обороны и въ правѣ общенародномъ. Но за такое признаніе прежде всего говоритъ внутренняя причина: если общенародное право признавало за иностранцами, пребывавшими въ Римѣ, различныя имущественныя права, то неужели оно непризнавало за ними самымъ положительнымъ образомъ права защищать себя и свое имущество отъ противу-

---

[173]) D. 43, 16. fr. 1. § 27.: «Vim vi repellere licere Cassius scribit, idque jus natura comparatur».

[174]) D. 1, 1. fr. 3.: «—ut vim atque injuriam propulsemus. Nam jure hoc evenit, ut quod quisque ob tutelam corporis sui fecerit, jure fecisse existimetur; et quum inter nos cognationem quandam natura constituit, consequens est, hominem homini insidiari nefas esse». Установляемое здѣсь правило въ Дигестахъ Юстиніана приписывается общенародному праву; но его выраженія не оставляютъ никакого сомнѣнія въ томъ, что Флорентинъ здѣсь говоритъ о естественномъ правѣ, какъ объ этомъ мы уже замѣтили выше. См. прим. 95.

законнаго нападенія на то или другое? Дать человѣку обширныя имущественныя права, дать ему иски для защиты противъ правонарушеній сравнительно довольно утонченныхъ, и въ тоже время отказать или не признать открыто право самозащиты противъ грубѣйшихъ видовъ нападенія на личность и имущество — это было бы такой грубой ироніей, которую мы не можемъ предположить въ правѣ, складывавшемся такъ медленно и осмотрительно, каково было образованіе общенароднаго права. Непризнаніе за иностранцами права необходимой обороны со стороны общенароднаго права могло бы повести къ самымъ возмутительнымъ результатамъ; напр. представимъ себѣ такой случай: римлянинъ приказываетъ своему рабу изувѣчить какого нибудь иностранца, проживающаго въ Римѣ; иностранецъ, защищаясь, убиваетъ раба. Хозяинъ этого послѣдняго, основываясь на Аквиліевомъ законѣ, который, какъ извѣстно, примѣнялся и къ перегринамъ [175]), требуетъ судебнымъ порядкомъ съ иностранца вознагражденіе за имущественный ущербъ, причиненный убійствомъ раба; иностранецъ оправдывается тѣмъ, что онъ убилъ только потому, что иначе не могъ защитить свою личность; но судья, основываясь на томъ, что общенародное право не знаетъ необходимой обороны, присуждаетъ его къ уплатѣ высшей цѣны, которой стоилъ рабъ въ томъ году, когда совершилось убійство.

Эту внутреннюю причину, побуждающую насъ предполагать въ общенародномъ правѣ открытое признаніе необходимой обороны, мы можемъ подкрѣпить двумя

---

[175]) Gai. IV. 37.

свидѣтельствами источниковъ, которыя мы не рѣшились выставить, какъ самостоятельныя доказательства. Павелъ по поводу необходимой обороны говоритъ слѣдующее: „кто, не имѣя возможности защититься иначе, причинитъ имущественный вредъ другому, тотъ считается невиннымъ, ибо защищаться силою противъ насилія дозволяютъ всѣ законы и всѣ права“ [176]). Выраженіе „всѣ права“ такъ широко (правда и неопредѣленно), что мы съ большой вѣроятностью можемъ предположить, что Павелъ разумѣлъ подъ нимъ и общенародное право, особенно если мы приведемъ его въ связь съ выше изложеннымъ общимъ соображеніемъ [177]). Другое свидѣтельство изъ источниковъ принадлежитъ Гаю: „если я убью твоего раба, разбойника, злоумышляющаго противъ меня, то не буду отвѣтственъ за это, ибо естественный разумъ дозволяетъ защищаться противъ опасности [178])“. Если допустить, что Гай во всѣхъ своихъ сочиненіяхъ остается вѣренъ своему отождествленію обоихъ правъ, то приведенное мѣсто могло бы служить рѣшительнымъ доказательствомъ нашего положенія, ибо мы видѣли выше на нѣкоторыхъ несомнѣнныхъ мѣстахъ, что Гай выраженіемъ „естественный разумъ“ часто означаетъ общенародное право. Но мы имѣемъ основаніе думать, что не во всѣхъ случаяхъ, гдѣ Гай основываетъ какое ни-

---

[176]) D. 9, 2. fr. 45. § 4.: «Qui, quum aliter tueri se non possent, damni culpam dederint, innoxii sunt; vim enim vi defendere omnes leges omniaque jura permittunt».

[177]) Дирксенъ прямо утверждаетъ это, см. Rheinisches Museum für Jurisprudenz: 1. Jahrg. 1 и 2. Heft. 1827, стр. 39.

[178]) D. 9, 2. fr 4. pr.: «Si servum tuum latronem ins diantem mihi occidero securus ero; nam adversus periculum naturalis ratio permittit se defendere».

будь правило на одномъ изъ признаковъ естественнаго права, это правило признается и правомъ общенароднымъ. Поэтому для насъ вышеприведенное мѣсто Гая не служитъ рѣшительнымъ доказательствомъ въ пользу нашего положенія, но оно получаетъ значительный вѣсъ въ связи съ указанною внутреннею причиною.

Итакъ, третья группа источниковъ представляетъ такія мѣста, въ которыхъ юристы возводятъ различныя юридическія правила и институты только къ естественному праву, совсѣмъ не упоминая о томъ, что они признаются и общенароднымъ правомъ, хотя мы изъ другихъ источниковъ знаемъ, что общенародное право дѣйствительно признаетъ ихъ. Мы назвали эти мѣста сомнительными по той причинѣ, что, читая ихъ, недоумѣваешь, какой смыслъ должно придавать тому обстоятельству, что юристы относятъ къ одному только естественному праву правило, признаваемое обоими правами: значитъ ли это, что они считаютъ естественное право самостоятельнымъ, отдѣльнымъ, хотя иногда и согласнымъ съ общенароднымъ, или же такое попеременное возведеніе то къ тому, то къ другому праву означаетъ тождество ихъ въ глазахъ юристовъ? Изъ разсмотрѣнія этихъ мѣстъ мы можемъ несомнѣнно заключить, что по извѣстнымъ пунктамъ юристы считали эти права согласными. Но затѣмъ, можемъ ли мы эти мѣста приводить въ пользу тождества или самостоятельной отдѣльности этихъ правъ, этотъ вопросъ не получитъ удовлетворительнаго разрѣшенія до тѣхъ поръ, пока мы не поищемъ въ источникахъ болѣе несомнѣнныхъ свидѣтельствъ. Они должны бросить свѣтъ на всѣ сомнительныя мѣста.

Такія свидѣтельства есть, и они должны составить четвертую и послѣднюю группу источниковъ, содержащихъ ученіе классическихъ юристовъ объ общенародномъ правѣ. Начнемъ съ Ульпіана. Въ своихъ Институціяхъ, изъ которыхъ мы уже приводили (во 2-ой гл.) опредѣленіе естественнаго права, Ульпіанъ очень отчетливо указываетъ, изъ какихъ элементовъ, по его мнѣнію, составляется Римское право и въ какомъ отношеніи другъ къ другу стоятъ эти элементы. „Частное право трояко" говоритъ онъ, „ибо оно состоитъ изъ правилъ естественнаго, общенароднаго и цивильнаго права. Естественное право есть то, которому природа научила всѣхъ животныхъ, ибо это право свойственно не одному только человѣку, но всѣмъ животнымъ.... Общенародное право есть то, которымъ пользуются всѣ племена человѣческія. Легко понять, что оно отличается отъ естественнаго права, ибо это послѣднее обще всѣмъ животнымъ, тогда какъ общенародное — только однимъ людямъ. Цивильное право есть то, которое ни отличается совершенно отъ естественнаго или общенароднаго, ни слѣдуетъ имъ во всѣхъ пунктахъ; такимъ образомъ, придавая или отнимая нѣчто отъ общаго права, мы получаемъ цивильное право" [179]).

---

[179]) D. 1, 1. fr. 1. §§ 2—4, fr. 6. pr.: «Privatum jus tripertitum est; collectum etenim est ex naturalibus praeceptis, aut gentium aut civilibus. Jus naturale est, quod natura omnia animalia docuit; nam jus istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. Hinc descendit maris atque feminae conjunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio; videmus etenim cetera quoque animalia, feras etiam, istius juris peritia censeri. Jus

Изъ этихъ словъ совершенно ясно видно, что Ульпіанъ различаетъ естестественное и общенародное право, какъ два самостоятельные элемента. Но тѣже самыя слова Ульпіана раждають весьма важное недоразумѣніе: онъ называетъ естественнымъ правомъ то, которое обще людямъ съ животными; между тѣмъ мы знаемъ изъ 2-й главы, что Ульпіанъ въ другихъ мѣстахъ часто говоритъ о такихъ правилахъ естественнаго права, которыя могутъ быть приложимы только къ людямъ, и напротивъ нигдѣ болѣе не упоминаетъ о естественномъ правѣ, общемъ людямъ съ животными. Въ виду этого можемъ ли мы цитованному мѣсту Ульпіана придавать серьезное значеніе, т. е. можемъ ли, опираясь на него, всѣ вышеизложенныя сомнительныя выраженія этого юриста толковать не въ смыслѣ тождества, а лишь въ смыслѣ согласія обоихъ правъ? Въ предшествующей главѣ мы указали причины, по которымъ опредѣленіе, данное Ульпіаномъ естественному праву, не должно быть понимаемо буквально. Ниже (5 гл.) мы попытаемся дать полное объясненіе спорному мѣсту; но теперь пока замѣтимъ слѣдующее. Ульпіанъ, конечно, не говоритъ о правѣ, прилагаемомъ у животныхъ; онъ говоритъ о естественномъ правѣ для людей, именно о той его части, которая основывается на инстинктахъ, общихъ у человѣка съ животными. А если это справедливо, то мы мо-

---

gentium est, quo gentes humanae utuntur; quod a naturali recedere facile intelligere licet, quia illud omnibus animalibus, hoc solis hominibus inter se commune sit... Jus civile est, quod neque in totum a naturali vel gentium recedit, nec per omnia ei servit; itaque quum aliquid addimus vel detrahimus juri communi, jus proprium, id est civile efficimus.

можемъ изъ вышеприведеннаго мѣста сдѣлать по крайней мѣрѣ одно несомнѣнное заключеніе: Ульпіанъ объявляетъ самостоятельнымъ, отдѣльнымъ отъ общенароднаго права ту часть права естественнаго, которая опредѣляетъ человѣческія отношенія, основывающіяся на инстинктахъ, общихъ всѣмъ животнымъ.

Но, ограничивая наше заключеніе только одною частью естественнаго права, мы вовсе не хотимъ этимъ сказать, чтобы другую его часть Ульпіанъ отождествлялъ съ правомъ общенароднымъ. Мы напротивъ утверждаемъ, что онъ и за этой частью признавалъ самостоятельность, отдѣльность отъ общенароднаго права. Въ доказательство мы приведемъ мѣста, гдѣ Ульпіанъ указываетъ институты этого послѣдняго права, непризнаваемые или прямо отрицаемые естественнымъ правомъ. Въ той же самой книгѣ институцій, гдѣ помѣщено пресловутое опредѣленіе естественнаго права, Ульпіанъ говоритъ: „Отпущеніе на волю получило свое начало въ общенародномъ правѣ: такъ какъ по естественному праву всѣ люди раждались свободными, то отпущеніе на волю не было извѣстно потому, что не было извѣстно рабство. Но послѣ того, какъ, благодаря общенародному праву, появилось рабство, вслѣдъ за нимъ появилось благодѣяніе отпущенія на волю, и хотя мы всѣ носили одно естественное названіе человѣка, въ силу общенароднаго права появилось три рода людей: свободные и въ противуположность имъ рабы и затѣмъ третій родъ—вольноотпущенные, т. е. тѣ, которые перестали быть рабами [180]“. Таже мысль видна и въ дру-

[180]) D. 1, 1. fr. 4.: «Quae res (sc. manumissio) a jure gentium originem sumsit, utpote quum jure naturali omnes liberi nascerentur,

гомъ мѣстѣ у Ульпіана: „что касается до цивильнаго права, то рабы считаются за ничто; но нельзя того же сказать про естественное право, ибо по естественному праву всѣ люди равны [181])“. Подъ цивильнымъ правомъ Ульпіанъ здѣсь разумѣетъ не только исключительно національное право, но и jus gentium. Такъ можно думать съ одной стороны потому, что не одно только чисто-національное римское, но и общенародное право признавало рабство, съ другой стороны потому, что у Ульпіана есть мѣсто, гдѣ онъ слово „цивильный“ несомнѣнно прилагаетъ къ институтамъ общенароднаго права [182]).

Изъ разсмотрѣнія всѣхъ приведенныхъ мѣстъ мы можемъ сдѣлать общій выводъ: Ульпіанъ признаетъ трехчленное дѣленіе римскаго права, т. е. различаетъ въ немъ три самостоятельныхъ элемента: естественное, общенародное и цивильное право, причемъ отъ общенароднаго права онъ отдѣляетъ не одну только часть, а все естественное право. А этотъ выводъ въ свою очередь бросаетъ свѣтъ и на сомнительныя мѣста Ульпіана, отнесенныя нами ко 2-ой и 3-ей груп-

---

nec esset nota manumissio, quum servitus esset incognita; sed posteaquam jure gentium servitus invasit, secutum est beneficium manumissionis; et quum uno naturali nomine homines appellaremur, jure gentium tria genera esse coeperunt: liberi et his contrarium servi et tertium genus liberti, id est hi, qui desierant esse servi».

[181]) D. 50, 17. fr. 32.: «Quod attinet ad jus civile, servi pro nullis habentur; non tamen et jure naturali, quia, quod ad jus naturale attinet, omnes homines aequales sunt».

[182]) См. D. 2, 14. de pact. fr. 7. pr. § 2. Ср. также Цицерона De off. III. 17, 69: «Jtaque majores aliud jus gentium, aliud jus civile esse voluerunt. Quod civile non idem continuo gentium; quod autem gentium, idem civile esse debet».

пѣ: теперь мы можемъ сказать, что Ульпіанъ, сближая въ нихъ естественное право съ общенароднымъ, хотѣлъ этимъ указать на согласіе ихъ только по извѣстному пункту, а не на тождество.

Мы имѣемъ основаніе предполагать, что одинаковыхъ воззрѣній съ Ульпіаномъ держался юристъ Гермогеніанъ. Въ Дигестахъ есть слѣдующее мѣсто этого юриста: „благодаря этому общенародному праву появились войны, раздѣлились племена, образовались государства, стали различать собственность, обвели земли межами, построили зданія, установлена была торговля, купля и продажа, наемъ, обязательства, за исключеніемъ немногихъ, которыя введены цивильнымъ правомъ" [183]). Въ этомъ мѣстѣ Гермогеніанъ правда говоритъ только объ одномъ общенародномъ правѣ; но едвали можно сомнѣваться, что передъ этими словами Гермогеніанъ трактовалъ объ иномъ состояніи человѣчества, когда оно жило безъ перечисленныхъ имъ учрежденій, т. е. подъ руководствомъ только тѣхъ потребностей, которыя ему общи съ животными. Естественное право, которое мы находимъ въ Институціяхъ Ульпіана, предполагаетъ именно такое состояніе человѣчества [184]). Отсюда мы можемъ заключить, что Гермогеніанъ по крайней мѣрѣ ту часть естественнаго права, которая опредѣляетъ отношенія, вызываемыя животными инстинктами, отличаетъ отъ

---

[183]) D. 1, 1. fr. 5.: «Ex hoc jure gentium introducta bella, discretae gentes, regna condita, dominia distincta, agris termini positi, aedificia collocata, commercium, emtiones, venditiones, locationes, conductiones, obligationes institutae, exceptis quibusdam, quae a jure civile introductae sunt.».

[184]) Savigny—System. т. I. прил. I. стр. 415.

общенароднаго права. Признавалъ ли онъ, подобно Ульпіану, и другую часть естественнаго права, касающуюся чисто человѣческихъ отношеній, и въ какое отношеніе ставилъ онъ ее къ общенародному праву, для разрѣшенія этихъ вопросовъ мы не имѣемъ ни одного мѣста отъ Гермогеніана.

Какъ извѣстно, „Институціи" Юстиніана были составлены изъ подобныхъ же сочиненій нѣсколькихъ классическихъ юристовъ. Немногія добавленія, сдѣланныя самими компиляторами, можно почти всегда отличить по ихъ надутому слогу, который особенно рѣзко отличается отъ изящной простоты классическихъ юристовъ. Вслѣдствіе этихъ обстоятельствъ мы можемъ и въ Институціяхъ Юстиніана искать подходящій намъ матерьялъ. Неизвѣстный юристъ, по догадкамъ Фойгта Марціанъ, эксцерпированный въ Институціяхъ Юстиніана, говоритъ слѣдующее: „Общенародное право обще всему роду человѣческому. Ибо по требованію жизни и человѣческой нужды племена человѣческія ввели нѣкоторыя учрежденія: такъ возникли войны, за которыми послѣдовалъ плѣнъ и рабство, противное естественному праву (ибо по естественному праву всѣ люди нѣкогда рождались свободными); и тѣмъ же общенароднымъ правомъ введены почти всѣ контракты, каковы напр. купля, наемъ, товарищество, поклажа, заемъ и многіе другіе" [185]).

---

[185]) J. 1, 2. § 2.: «Jus autem gentium omni humano generi commune est. Nam usu exigente et humanis necessitatibus gentes humanae quaedam sibi constituerunt; bella etenim orta sunt et captivitates secutae et servitutes, quae sunt naturali juri contrariae (jure enim naturali omnes homines ab initio liberi nascebantur); et ex hoc jure gentium omnes paene contractus introducti sunt, ut emtio venditio, locatio, conductio, societas, depositum, mutuum et alii innumerabiles».

Эти слова показываютъ, что неизвѣстный юристъ, подобно Ульпіану и Гермогеніану, признаетъ отличіе отъ общенароднаго права по крайней мѣрѣ одной части естественнаго права.

Въ Институціяхъ Юстиніана есть еще мѣста, говорящія объ интересующемъ насъ предметѣ; однако мы не приводимъ ихъ здѣсь, ибо одни изъ нихъ суть повтореніе Ульпіана, другія—Гая [186]).

Переходимъ къ Павлу. Въ предыдущихъ группахъ мѣста изъ сочиненій этого юриста оставляли нерѣшеннымъ вопросъ о томъ, въ какое взаимное отношеніе ставилъ онъ естественное и общенародное право. Этотъ вопросъ разрѣшается слѣдующимъ мѣстомъ изъ толкованій Павла къ эдикту: „продажа совершается правильно, если предметомъ ея будутъ вещи, которыя могутъ быть предметомъ собственности, владѣнія или судебнаго спора, но она будетъ ничтожна, если будетъ простираться на вещи, которыя природа или общенародное право или обычаи государства изъяли изъ гражданскаго оборота" [187]). Такимъ образомъ Павелъ здѣсь ставитъ естественное, общенародное и цивильное право рядомъ, какъ три самостоятельные источника юридическихъ правилъ.

Мѣста Марціана также возбудили наше сомнѣніе по вопросу объ отношеніи обоихъ правъ. И у этого юриста встрѣчаются выраженія, которыя даютъ

---

[186]) См. начало титула Институцій.—«De jure naturali, gentium et civili».

[187]) D. 18, 1. fr. 34. § 1.: «Omnium rerum, quas quis habere, vel possidere, vel persequi potest, venditio recte fit, quas vero natura, vel gentium jus, vel mores civitatis commercio exuerunt, earum nulla venditio est.» «Mores civitatis» означаетъ цивильное право.

возможность устранить сомнѣніе. Одно изъ мѣстъ, которыя мы имѣемъ въ виду, было уже однажды приведено нами во 2-ой главѣ по поводу ученія классическихъ юристовъ о естественномъ правѣ. Говоря объ особомъ видѣ дарованія вольноотпущенному правъ свободнорожденнаго (natalium restitutio), Марціанъ замѣчаетъ: „конечно вольноотпущенный возстановляется въ то состояніе, въ которомъ были нѣкогда всѣ люди, а не въ то, въ которомъ онъ самъ родился, такъ какъ онъ былъ рожденъ рабомъ“ [188]). Мы уже говорили во 2-ой гл., что Марціанъ въ приведенномъ мѣстѣ ясно намекаетъ на тотъ вѣкъ, когда, по его убѣжденію, господствовало естественное право, признававшее всѣхъ людей равными, слѣдовательно не допускавшее рабства. Такимъ образомъ здѣсь заключается почти прямое признаніе противорѣчія общенароднаго права естественному. Мы говоримъ „почти“ прямое, — потому что въ данномъ мѣстѣ Марціанъ признаетъ противорѣчіе со стороны положительнаго права вообще: это право допускаетъ рожденіе человѣка въ рабствѣ, чего не допускаетъ естественное право. Но какую часть положительнаго права разумѣлъ при этомъ Марціанъ, объ этомъ мы можемъ судить по слѣдующему отрывку изъ его Институцій (слѣдовательно изъ того же самаго сочиненія, изъ котораго взято и предыдущее мѣсто): „мы пріобрѣтаемъ рабовъ въ нашу собственность или

---

[188]) D. 40, 11. fr. 2.: «Illis enim utique natalibus restituitur, in quibus initio omnes homines fuerunt, non in quibus ipse nascitur, quum servus natus esset.» Этотъ отрывокъ взятъ изъ первой книги Институцій Марціана.

по цивильному праву или по общенародному: по цивильному праву въ томъ случаѣ, если кто нибудь, имѣя болѣе 20-ти лѣтъ отъ роду, допуститъ продать себя, какъ раба, съ тѣмъ, чтобы послѣ получить часть вырученной продажной цѣны [189]); по общенародному праву дѣлаются нашими рабами тѣ, которыхъ мы беремъ въ плѣнъ у непріятеля, и тѣ, которые рождаются отъ нашихъ рабынь" [190]). Изъ этихъ словъ видно, что, указывая на противорѣчіе между естественнымъ правомъ и правилами положительнаго права, Марціанъ имѣлъ въ виду общенародное право, такъ какъ оно съ самаго рожденія человѣка ставитъ его въ число свободныхъ или рабовъ. А если Марціанъ признаетъ возможность противорѣчія между обоими правами, значитъ онъ считаетъ ихъ не тождественными, а отдѣльными, самостоятель-

---

[189]) По римскому праву свободный никогда не могъ быть проданъ, какъ рабъ (исключая случая несостоятельности, что впрочемъ относится къ древнѣйшему времени); если это случалось вслѣдствіе ошибочнаго признанія свободнаго за раба, то, какъ скоро ошибка раскрывалась, продажа дѣлалась ничтожною. Это правило подало поводъ къ особаго рода мошенничеству: свободный молчалъ, когда его продавали, какъ раба. Продавецъ, получивъ деньги, скрывался, а мнимый рабъ, заявляя о своемъ свободномъ состояніи, уничтожалъ такимъ образомъ послѣдствія продажи и затѣмъ получалъ часть продажной цѣны отъ товарища по мошенничеству. Чтобы устранить это злоупотребленіе правами свободы, постановлено было, что свободный, допустившій себя продать съ означенной преступной цѣлью, въ наказаніе дѣйствительно дѣлался рабомъ.

[190]) D. 1, 5. fr. 5. § 1.: «Servi autem in dominium nostrum rediguntur aut jure civili, aut gentium. Jure civili, si quis se major viginti annis ad pretium participandum venire passus est; jure gentium servi nostri sunt, qui ab hostibus capiuntur, aut qui ex ancillis nostris nascuntur.»

ными элементами римскаго права, что конечно не мѣшаетъ имъ быть согласными въ нѣкоторыхъ пунктахъ. Отсюда уже ясно, какъ должны быть истолкованы сомнительныя мѣста предыдущихъ группъ.

Сомнѣнія относительно Трифонина (см. выше по поводу D. 16, 3. fr. 31. pr.) также разрѣшаются съ помощью его собственныхъ словъ, взятыхъ изъ того же сочиненія, въ которомъ находится и сомнительное мѣсто (Libri Disputationum). „Если господинъ, будучи долженъ рабу, заплатилъ ему уже послѣ того, какъ отпустилъ его на волю, въ такомъ случаѣ, хотя бы онъ совершилъ эту уплату вслѣдствіе ошибочнаго убѣжденія, что можетъ быть принужденъ къ ней посредствомъ какого нибудь иска, онъ все таки не можетъ требовать уплаченнаго назадъ, ибо призналъ естественный долгъ; именно такъ какъ свобода основывается на естественномъ правѣ, а господская власть введена общенароднымъ правомъ, то и вопросъ о долгѣ или не долгѣ при кондикціи долженъ быть обсуждаемъ по естественному праву“ [191]). Въ этомъ мѣстѣ Трифонинъ признаетъ разногласіе общенароднаго права съ естественнымъ по вопросу о свободѣ человѣка. Изъ этого разногласія слѣдуетъ тотъ же самый выводъ, какой мы только что сдѣлали изъ словъ Марціана.

Кромѣ Марціана и Трифонина вопросъ о свободѣ и рабствѣ побудилъ и Флорентина высказать опредѣленно свой взглядъ на отношеніе обоихъ правъ:

---

[191]) D. 12, 6. fr. 64: «—ut enim libertas naturali jure continetur, et dominatio ex gentium jure introducta est, ita debiti vel non debiti ratio in condictione naturaliter intelligenda est.»

„рабство есть установленіе общенароднаго права, въ силу котораго человѣкъ въ противность природѣ подчиняется чужому господству“ [192]).—

Мы окончили изложеніе источниковъ, содержащихъ въ себѣ ученіе классич. юристовъ объ общенародномъ правѣ. Сведемъ всѣ факты, добытые этимъ изложеніемъ.

1) Гай одинъ изъ всѣхъ юристовъ представляетъ полное, несомнѣнное отождествленіе естественнаго права съ общенароднымъ.

2) Несмотря на стремленіе послѣдовательно провести это отождествленіе при изложеніи отдѣльныхъ институтовъ, и у Гая есть мѣста, гдѣ онъ признаетъ правила положительнаго права, несогласныя съ естественнымъ разумомъ. Но замѣчательно, что Гай ни однимъ словомъ не показываетъ, что онъ знаетъ объ этомъ разногласіи.

3) Всѣ остальные юристы, отъ которыхъ сохранилось для насъ ученіе объ общенародномъ правѣ, признаютъ отличіе этого права отъ естественнаго.

4) Но во многихъ случаяхъ, когда они касаются отношенія обоихъ правъ, выраженія ихъ такъ неопредѣленны, что могутъ быть понимаемы различно: и въ смыслѣ тождества и въ смыслѣ частичнаго только согласія правъ.

Такія свойства ученія юристовъ дѣлаютъ его весьма неяснымъ, можно даже сказать загадочнымъ. Было ли бы оно яснѣе, еслибы наши источники не имѣли отрывочной формы, неизвѣстно. Мы въ этомъ сомнѣ-

---

[192]) D. 1, 5. fr. 4. § 1.: «Servitus est costitutio juris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subjicitur».

ваемся. Во всякомъ случаѣ простое изложеніе наличныхъ источниковъ не уясняетъ намъ ученіе объ общенародномъ правѣ. Оно ставитъ слѣдующіе вопросы, которые мы должны разрѣшить: 1) чѣмъ объяснить отождествленіе двухъ правъ, на самомъ дѣлѣ не тождественныхъ, какъ въ этомъ легко убѣдиться изъ нашихъ двухъ первыхъ главъ? 2) какъ объяснить разногласіе по вопросу объ отождествленіи между Гаемъ и прочими классическими юристами? 3) чѣмъ объяснить, что и у тѣхъ юристовъ, которые несомнѣнно не отождествляли обоихъ правъ, встрѣчаются однако такія мѣста, которыя, взятыя сами по себѣ, легко могутъ навести на мысль объ отождествленіи? 4) наконецъ, всѣ разсмотрѣнные нами источники служатъ ли свидѣтельствомъ о какомъ нибудь серьезномъ процессѣ въ жизни римскаго права временъ классическихъ юристовъ?

ГЛАВА IV.

Очеркъ и критика воззрѣній позднѣйшихъ писателей на ученіе классическихъ юристовъ объ общенародномъ правѣ.

Прежде, чѣмъ предложить свое собственное объясненіе источниковъ, изложенныхъ въ предыдущей главѣ, мы считаемъ необходимымъ познакомить читателя съ тѣмъ, какъ до настоящаго времени въ наукѣ разрѣшались затрудненія, представляемыя нашимъ матерьяломъ. Такое знакомство мы считаемъ необходимымъ не для удовлетворенія только простаго любопытства: изучая и оцѣнивая попытки писателей объяснить ученіе классическихъ юристовъ, мы съ одной стороны выберемъ изъ нихъ то, что дѣйствительно годится для объясненія, а съ другой стороны, указывая на ихъ ошибки, мы представимъ отрицательное оправданіе того пути, который будетъ избранъ нами, ибо, указывая на ошибки другихъ, мы тѣмъ самымъ покажемъ, почему мы не должны были идти по ихъ пути.

Въ виду такой цѣли мы расположимъ писателей не по времени ихъ появленія, а по родству ихъ воззрѣ-

ній. При изложеніи и оцѣнкѣ этихъ воззрѣній мы будемъ руководиться слѣдующими вопросами: 1) различаетъ ли писатель составные элементы въ ученіи юристовъ? 2) какое значеніе придаетъ онъ этимъ элементамъ самимъ по себѣ? 3) въ какое взаимное отношеніе ставитъ ихъ? 4) играетъ ли въ его глазахъ какую нибудь роль и какую именно ученіе классическихъ юристовъ въ развитіи римскаго права? Чтобы читателю легче было слѣдить за постепеннымъ разрѣшеніемъ этихъ вопросовъ, мы заранѣе назовемъ писателей, служащихъ пунктами, на которыхъ наука по нашему предмету дѣлаетъ новый поворотъ. Первымъ пунктомъ мы беремъ Донелла, писателя 16-го вѣка; онъ можетъ служить представителемъ воззрѣній, господствовавшихъ до конца 18-го в. Вторымъ пунктомъ будетъ Глюкъ, писатель конца 18-го вѣка; къ нему мы примкнемъ еще нѣкоторыхъ ученыхъ, воззрѣнія которыхъ представляютъ только нѣкоторыя незначительныя отступленія отъ воззрѣнія Глюка. Третьимъ пунктомъ будетъ Дирксенъ, четвертымъ Савиньи, пятымъ Мэнъ и наконецъ шестымъ Фойгтъ.

Воззрѣніе Донелла очень просто и можетъ быть передано въ немногихъ словахъ [193]). По его мнѣнію всѣ римскіе юристы (не только классическіе) видятъ въ правѣ только двѣ составныя части—общенародное право и цивильное. Общенародное право есть тоже самое, что и естественное; это только два разныхъ названія для одного и того же предмета. Донеллъ утверждаетъ, что всѣ юристы совершенно ясно выражаютъ эту мысль; только одинъ Ульпіанъ заставляетъ его дать

[193]) Hug. Donelli Commentarii de jure civili. Lib. I. cap. VI.

нѣкоторыя объясненія, ибо, какъ извѣстно, этотъ юристъ прямо говоритъ, что естественное право не то же, что общенародное, и объявляетъ его общимъ для людей и животныхъ. Чтобы примирить этотъ фактъ съ своимъ воззрѣніемъ, Донеллъ предлагаетъ слѣдующее объясненіе: Ульпіанъ въ своемъ опредѣленіи естественнаго права хочетъ только сказать, что у животныхъ встрѣчаются явленія подобныя отношеніямъ естественнаго права; но онъ вовсе не признаетъ ихъ правоспособными. Такимъ образомъ у Ульпіана естественное право, какъ и у другихъ юристовъ, присуще только однимъ людямъ. Но такъ какъ оно присуще всѣмъ людямъ, а слѣдовательно и всѣмъ народамъ, то и у Ульпіана оно тождественно съ правомъ общенароднымъ. Если же юристъ тѣмъ не менѣе различаетъ ихъ, то это есть ничто иное, какъ раздѣленіе одного рода на два вида, причемъ одинъ изъ видовъ называется родовымъ именемъ, что у римскихъ юристовъ встрѣчается нерѣдко: одинъ видъ естественнаго права, называемый jus naturale, составляетъ ту его часть, подобіе которой встрѣчается у животныхъ; другой видъ, называемый общенароднымъ правомъ, содержитъ ту часть, которой подобія не встрѣчается у животныхъ

Такимъ образомъ въ ученіи классическихъ юристовъ объ общенародномъ правѣ Донеллъ видитъ только одинъ изъ выставленныхъ нами элементовъ—теоретическое естественное право. Общенародное право—это только названіе для послѣдняго. Въ этомъ заключается главный недостатокъ Донелла: онъ не имѣетъ никакого понятія о положительномъ, практическомъ jus gentium, игравшемъ такую важную роль

въ римскомъ правѣ. Все ученіе объ общенародномъ правѣ является у него съ чисто теоретическимъ характеромъ. О его значеніи для развитія римскаго права онъ не говоритъ ничего.

Другой недостатокъ воззрѣнія Донелла тотъ, что это воззрѣніе даже внѣшнимъ образомъ не объясняетъ всѣхъ источниковъ, ибо изъ 3-й главы мы знаемъ цѣлый рядъ такихъ мѣстъ, гдѣ юристы прямо указываютъ на различіе и даже на противорѣчіе между естественнымъ и общенароднымъ правомъ.

Дальнѣйшія замѣчанія относительно Донелла мы сообщимъ при оцѣнкѣ слѣдующаго писателя, который имѣетъ много общаго съ Донелломъ. Къ нему мы теперь и перейдемъ.

Стараясь отыскать внутренній порядокъ въ массѣ источниковъ, относящихся къ ученію юристовъ объ общенародномъ правѣ и его отношеніи къ естественному, Глюкъ [194]) утверждаетъ, что юристы различали два вида естественнаго права и два вида права общенароднаго. Понятіе о первомъ видѣ естественнаго права дано у Ульпіана въ его Институціяхъ (D. 1,1,1, 3). Глюкъ понимаетъ это опредѣленіе въ томъ смыслѣ, что Ульпіанъ признаетъ право общее людямъ съ животными и основывающееся на одинаковыхъ тѣмъ и другимъ животныхъ инстинктахъ (стр. 80, 81). Второй видъ естественнаго права, по мнѣнію Глюка, называется у юристовъ общенароднымъ правомъ (jus gentium); онъ свойственъ только однимъ людямъ, основывается на разумѣ и потому примѣняется у всѣхъ цивилизованныхъ народовъ. Понятіе объ этомъ вто-

[194]) Glück—Ausführliche Erläuterung der Pandekten. 1797. I. Th. § 11.

ромъ видѣ естественнаго права дано Гаемъ (D. 1, 1, 9). Къ нему относится почитаніе боговъ, повиновеніе родителямъ, любовь къ отечеству, война, государственныя общества, выдѣленіе собственности и т. д., однимъ словомъ тѣ явленія, которыя перечисляютъ Флорентинъ и Гермогеніанъ въ отрывкахъ, помѣщенныхъ компиляторами Дигестъ непосредственно подлѣ тѣхъ отрывковъ Ульпіана, гдѣ говорится объ общенародномъ правѣ (D. 1, 1, fr. 2 и 5). У Глюка не видно, чтобы онъ признавалъ какую нибудь связь двухъ описанныхъ видовъ естественнаго права. Но второй видъ этого права, какъ мы сказали, Глюкъ считаетъ тождественнымъ съ общенароднымъ правомъ. Первый видъ этого послѣдняго есть слѣдовательно, по мнѣнію нѣмецкаго ученаго, теоретическое, отвлеченное право, подобное новѣйшему естественному праву (Naturrecht). Однако Глюкъ находитъ, что Римляне признавали и другой видъ общенароднаго права, jus gentium positivum, положительное общенародное право, которое можетъ стоять и въ противорѣчіи съ естественнымъ.

Обращаясь къ оцѣнкѣ Глюковскихъ воззрѣній, мы прежде всего укажемъ на его совершенно ложное понятіе объ общенародномъ правѣ. Онъ безъ всякой критики принимаетъ опредѣленіе Гая и на этомъ основаніи живое, практическое, положительное общенародное право обращаетъ въ безжизненную теорію. Правда онъ говоритъ, что римскіе юристы знаютъ и положительное право того же имени; но объ этомъ обстоятельствѣ онъ упоминаетъ какъ то вскользь, не придавая ему важнаго значенія. Ему не показалось страннымъ, что юристы два разныя понятія называютъ

однимъ именемъ. А между тѣмъ, еслибы онъ обратилъ вниманіе на это обстоятельство, еслибы онъ не отнесся къ источникамъ только формально, можетъ быть онъ за буквой Гаева опредѣленія поискалъ бы инаго смысла.

Другая ошибка Глюка заключается въ томъ, что онъ приписываетъ юристамъ римскимъ признаніе двоякаго естественнаго права. Ближайшая причина этой ошибки лежитъ опять въ формальномъ отношеніи къ источникамъ. Глюкъ понялъ Ульпіаново опредѣленіе естественнаго права въ буквальномъ смыслѣ, т. е. приписалъ Ульпіану признаніе естественнаго права общаго людямъ съ животными. Мы не будемъ здѣсь доказывать ошибочность такого толкованія, такъ какъ объ этомъ уже была рѣчь во 2-й гл. Но понятно, что, допустивши однажды такое толкованіе, Глюкъ уже по необходимости долженъ былъ другую часть естественнаго права, примѣнимую къ чисто человѣческимъ отношеніямъ, признать за особое, самостоятельное право. Онъ не обратилъ вниманія на то, что изъ всѣхъ остальныхъ, какъ извѣстно, весьма многочисленныхъ мѣстъ Ульпіана не было ни одного болѣе такого, которое бы подтверждало существованіе двойственнаго естественнаго права. Замѣтивши такой фактъ, Глюкъ вѣроятно усомнился бы въ правильности своего толкованія. Но этому помѣшало пресловутое Гаево опредѣленіе общенароднаго права, отождествляющее это послѣднее съ естественнымъ. Сопоставляя опредѣленія Гая и Ульпіана, Глюкъ пришелъ къ заключенію, что каждый изъ юристовъ опредѣляетъ одинъ изъ видовъ естественнаго права, что Гай является дополненіемъ Ульпіана!

Итакъ, Глюкъ имѣетъ ложное понятіе объ общенародномъ правѣ, ложное о естественномъ и ложное о взаимномъ отношеніи этихъ правъ. Его воззрѣніе сравнительно съ Донелломъ, представляетъ только одинъ небольшой шагъ впередъ въ правильномъ пониманіи источниковъ: онъ признаетъ, что нѣкоторыя правила общенароднаго права имѣютъ положительный характеръ. Въ этомъ мы можемъ видѣть зародышъ правильнаго взгляда на общенародное право, первую слабую попытку различить въ ученіи классическихъ юристовъ, кромѣ естественнаго права, еще второй элементъ—положительное общенародное право. Но за то во всѣхъ остальныхъ отношеніяхъ Глюкъ также, какъ и Донеллъ, стоитъ на томъ же самомъ пунктѣ, на которомъ находились еще компиляторы Институцій Юстиніана.

Какая же причина такой безуспѣшной разработки источниковъ по занимающему насъ вопросу? Вообще говоря, причина эта заключается въ чисто-внѣшнемъ, формальномъ отношеніи къ источникамъ. Въ частности, такое отношеніе выражается, во первыхъ, въ отсутствіи потребности познакомиться съ предшествующей исторіей общенароднаго и естественнаго права. Глюкъ разсматриваетъ оба эти права такъ, какъ будто они появились въ первый разъ вмѣстѣ съ Юстиніановыми компиляціями. Поэтому онъ не обратилъ достаточнаго вниманія, хотя и замѣтилъ тотъ фактъ, что рядомъ съ Гаевымъ опредѣленіемъ, внушившимъ ему убѣжденіе въ теоретическомъ характерѣ общенароднаго права, въ Дигестахъ встрѣчается множество свидѣтельствъ, что въ общенародномъ правѣ было огромное число институтовъ

самаго положительнаго характера. Еслибы Глюкъ сознавалъ, что всякое положительное право имѣетъ исторію, безъ которой не всегда можетъ быть понято, то онъ конечно поискалъ бы въ жизни римскаго народа такого времени и такихъ обстоятельствъ, которыя могли вызвать положительные общенародные институты и содѣйствовать ихъ дальнѣйшему развитію. А тогда онъ получилъ бы иное понятіе объ общенародномъ правѣ; тогда онъ вѣроятно не сказалъ бы, что римскіе юристы подъ этимъ именемъ разумѣли по преимуществу теоретическое право; тогда онъ сталъ бы искать объясненія, почему Гай рѣшился объявить тождественнымъ положительное jus gentium съ философскимъ jus naturale.

Это послѣднее замѣчаніе ведетъ насъ ко второму признаку, въ которомъ выражается внѣшнее, формальное отношеніе Глюка къ источникамъ права. Глюкъ не стремится отыскать внутренніе мотивы, матерьяльныя силы, побуждавшія юристовъ выставлять то или другое ученіе о правѣ. Онъ довольствуется тѣмъ, что̀ можно получить изъ буквальнаго толкованія источниковъ. Вслѣдствіе этого онъ не смущается страннымъ признаніемъ права у животныхъ, признаніемъ двухъ видовъ естественнаго права; вслѣдствіе этого же онъ очень поверхностно относится къ вопросу, какое значеніе придавали юристы своему ученію о естественномъ правѣ: въ одномъ мѣстѣ (стр. 81. прим. 51) онъ мимоходомъ замѣчаетъ, что теорія Ульпіана осталась не безъ практическихъ послѣдствій, въ другомъ (стр. 83), также мимоходомъ, jus gentium, какъ второй видъ естественнаго права, онъ сравниваетъ съ естественнымъ правомъ новаго времени (Naturrecht), слѣдова-

тельно считаетъ его только теоретическимъ правомъ.

Наконецъ, внѣшнее отношеніе къ источникамъ видно и въ томъ, что эти источники Глюкъ разсматриваетъ какъ безразличную массу. Онъ знаетъ только компиляціи Юстиніана (Институціи и Дигесты). На содержаніе этихъ компиляцій онъ смотритъ, какъ на произведеніе, впервые появившееся со времени Юстиніана, вылившееся какъ бы изъ одной головы и потому имѣющее внутреннюю систематическую цѣльность. Глюкъ совершенно не замѣчаетъ, что обѣ компиляціи составлены изъ сочиненій нетолько различныхъ авторовъ, но и авторовъ, жившихъ въ различныя времена. Излагая его воззрѣнія, мы указывали, какъ онъ безъ малѣйшаго смущенія пользуется попеременно то Ульпіаномъ, жившемъ въ 3-мъ вѣкѣ по Р. Х., то Гаемъ, жившемъ лѣтъ на 60 ранѣе, то Флорентиномъ, современникомъ Ульпіана, то Гермогеніаномъ, позднѣйшимъ изъ всѣхъ вышеназванныхъ, жившемъ вѣроятно лѣтъ сто спустя послѣ Ульпіана.

Такимъ образомъ, отказываясь отъ всѣхъ средствъ, которыя помогли бы проникнуть за букву источниковъ, Глюкъ долженъ былъ ограничиться однимъ формально-логическимъ пріемомъ. Худо ли, хорошо ли, но онъ долженъ былъ съ помощью одного этого пріема примирить всѣ дѣйствительныя и мнимыя противорѣчія, представлявшіяся въ источникахъ.

Вмѣстѣ съ Глюкомъ мы должны поставить англійскаго юриста Остина [195]), несмотря на то, что онъ

[195]) Austin — Lectures on jurisprudence or the philosophy of the positive law. 4-е изд. 1873 г.

жилъ полувѣкомъ позже перваго и въ вопросѣ о происхожденіи общенароднаго права стоитъ почти на уровнѣ современной намъ науки. Это не помѣшало ему однако отнестись къ ученію классическихъ юристовъ о jus gentium совершенно также, какъ Глюкъ. Мы тѣмъ не менѣе не ограничимся этимъ общимъ замѣчаніемъ, ибо въ подробностяхъ Остинъ становится на нѣкоторыя новыя точки зрѣнія и потому представляетъ новую ступень въ развитіи литературы по нашему предмету.

Въ общихъ чертахъ воззрѣніе Остина состоитъ въ слѣдующемъ: jus gentium въ періодъ до классическихъ юристовъ представляется чисто практическимъ правомъ, вызваннымъ къ жизни необходимостью регулировать отношенія перегриновъ другъ съ другомъ и съ римскими гражданами и созданнымъ главнымъ образомъ трудами претора. Либеральный характеръ этого права и его бо́льшее соотвѣтствіе требованіямъ развившейся римской жизни доставили ему вліяніе на старое цивильное право. Конечный результатъ этого вліянія былъ тотъ, что jus gentium было вполнѣ признано цивильнымъ правомъ, т. е. само сдѣлалось цивильнымъ и вмѣстѣ съ тѣмъ утратило свое отдѣльное, самостоятельное существованіе. Цивильное же право, принявъ въ себя общенародное, прониклось его духомъ, такъ что всѣ послѣдовавшія за этой инкорпораціей leges, senatusconsulta, edicta, и пр. отличаются и либеральностью своихъ принциповъ и общепримѣнимостью ко всѣмъ людямъ безъ различія ихъ гражданства.

Такимъ образомъ ко времени классическихъ юристовъ общенароднаго права, какъ отдѣльной, само-

стоятельной части положительнаго права, не существовало. Если же, несмотря на то, мы встрѣчаемъ у этихъ юристовъ ученіе объ общенародномъ правѣ, то это ихъ право не имѣетъ ничего общаго съ древнимъ jus gentium: оно есть право теоретическое, отвлеченное; понятіе о немъ юристы заимствовали у греческихъ философовъ; они приняли теорію этихъ послѣднихъ о естественномъ правѣ, измѣнивъ въ немъ только названіе: естественное право они назвали традиціоннымъ именемъ—jus gentium. Впрочемъ Остинъ называетъ ученіе юристовъ двусмысленнымъ и потому считаетъ возможнымъ, что въ нѣкоторыхъ мѣстахъ они подъ jus gentium разумѣютъ ту часть положительнаго права, которая входитъ, какъ составной элементъ, во всѣ положительныя системы права [196]). Мы видѣли, что и Глюкъ, также вскользь, упоминаетъ о нѣкоторыхъ положительныхъ правилахъ общенароднаго права, что̀ однако, также какъ и у Остина, не измѣняетъ его основнаго взгляда.

Остинъ задаетъ себѣ вопросъ: какія причины вызвали ученіе классическихъ юристовъ? и отвѣчаетъ на это, что „юристы помѣщали это ученіе въ своихъ трактатахъ о римскомъ правѣ скорѣе потому, что хотѣли выказать свое знакомство съ этической философіей Грековъ, чѣмъ потому, что находили въ немъ годное основаніе для построенія правомѣрныхъ выводовъ“ [197]). Послѣ этого понятно, какое значеніе могъ Остинъ придавать ученію юристовъ.“ Несмотря на мужественный умъ“, говоритъ онъ, „и удивительную

[196]) Ук. соч. стр. 566—583.
[197]) Ib. стр. 583.

логику, классическіе юристы къ несчастію ввели въ изложеніе своей собственной положительной системы понятія или принципы, заимствованные у греческихъ философовъ и сильно занимавшіе пустыхъ говоруновъ, но не имѣвшіе никакой связи съ системою, въ которую они были неразумно вплетены. Мы должны прежде всего отдѣлить эти принципы отъ творенія юристовъ, чтобы имѣть возможность увидать красоту его формъ и почувствовать должное удивленіе къ научной правильности и изяществу его структуры" [198]).

Итакъ, что касается до пониманія ученія классическихъ юристовъ, Остинъ ничѣмъ существенно не разнится отъ Глюка, и потому о его взглядѣ мы должны сказать тоже, что сказали о взглядѣ Глюка: онъ почти ни на одинъ шагъ не подвигаетъ науку въ пониманіи источниковъ. Говоря о Глюкѣ, мы объясняли ложное направленіе его мысли между прочимъ тѣмъ, что онъ не имѣлъ никакого понятія объ исторіи и практическомъ значеніи общенароднаго права до времени классическихъ юристовъ. Относительно Остина этого сказать нельзя, потому что онъ вѣрно понимаетъ это значеніе. Но мы видѣли, что, по его взгляду, исторія общенароднаго права кончается при исходѣ республики. Послѣ этого jus gentium, по его мнѣнію, уже не существуетъ. Отсюда и объясняется, почему Остинъ, имѣя правильный взглядъ на исторію и значеніе общенароднаго права въ республиканскій періодъ, тѣмъ не менѣе принялъ ученіе классическихъ юристовъ за одну отвлеченную теорію: они не могли учить о прежнемъ положительномъ общенарод-

198) Ib. стр. 568.

номъ правѣ, ибо въ ихъ время его уже не было. Едва ли нужно говорить, что это положеніе Остина столь же ошибочно, какъ и его взглядъ на самое ученіе юристовъ. Оно впрочемъ не имѣетъ прямаго отношенія къ нашему предмету, и потому мы ограничиваемся однимъ этимъ замѣчаніемъ.

Однако Остинъ имѣетъ одно преимущество передъ Глюкомъ: онъ ищетъ причины, вызвавшей ученіе юристовъ, онъ стремится опредѣлить вліяніе этого ученія на римское право. Такой пріемъ обнаруживаетъ въ авторѣ бòльшій историческій смыслъ, болѣе практическое, живое отношеніе къ праву, которое, будучи однимъ изъ реальнѣйшихъ явленій жизни, требуетъ именно такого отношенія къ нему. Правда, что отрицательные отвѣты, данные Остиномъ на оба поставленные имъ вопроса, показываютъ, что онъ не очень углубился въ изученіе исторіи римской классической юриспруденціи, но для насъ имѣетъ значеніе уже и то, что онъ поставилъ указанные вопросы.

Къ одному разряду съ Глюкомъ и Остиномъ можно причислить бельгійскаго ученаго Лорана [199]). Онъ точно также приписываетъ римскимъ юристамъ отождествленіе общенароднаго права съ естественнымъ и считаетъ jus gentium правомъ теоретическимъ. Правда, что онъ сдѣлалъ попытку отыскать историческія причины появленія общенароднаго права, но эта попытка не избавила его отъ ложнаго воззрѣнія на это право, какъ мы уже указывали въ первой главѣ. Но

[199]) Laurent — Etudes sur l'histoire de l'humanité. 1862 т. III. стр. 294.

Лоранъ относится къ ученію римскихъ юристовъ такъ поверхностно, его изложеніе такъ неопредѣленно и коротко, что подробная критика его воззрѣнія невозможна.

Къ сожалѣнію такимъ же краткимъ замѣчаніемъ должны мы ограничиться относительно знаменитаго нѣмецкаго историка-юриста Гуго [200]). Мы конечно не думаемъ упрекать его въ поверхностномъ отношеніи къ источникамъ. Гуго первый установилъ правильную точку зрѣнія на происхожденіе общенароднаго права, его содержаніе и силу [201]), слѣдовательно онъ оцѣнилъ по достоинству многочисленныя свидѣтельства источниковъ о положительномъ характерѣ общенароднаго права, а не основывалъ своихъ взглядовъ только на нѣкоторыхъ общихъ опредѣленіяхъ юристовъ. Но онъ слишкомъ коротко говоритъ объ интересующемъ насъ предметѣ. Онъ только указываетъ въ немногихъ словахъ на тѣ факты, которые подробно были разобраны нами въ предыдущей главѣ (отождествленіе естественнаго права съ общенароднымъ у Гая, выдѣленіе животнаго естеств. права у Ульпіана), и совсѣмъ не даетъ объясненія этимъ фактамъ [202]).—

Извѣстный комментаторъ источниковъ Римскаго права, Дирксенъ, посвятилъ отдѣльную статью разсмотрѣнію ученія классическихъ юристовъ объ

---

[200]) Lehrbuch der Geschichte des Römisehen Rechts von Hugo. 11-е изд. 1832 г.

[201]) См. въ особен. стр. 463, 475. ср. стр. 368. 430.

[202]) См. стр. 205 ук. соч.

общенародномъ правѣ [203]). Хотя эта статья обращена главнымъ образомъ не на тѣ стороны вопроса, которыя насъ интересуютъ попреимуществу, однако она по необходимости касается и ихъ. Сущность воззрѣній Дирксена состоитъ въ слѣдующемъ: общенародное право есть не отвлеченная, теоретическая система юридическихъ правилъ, а собраніе практическихъ постановленій, имѣющихъ силу положительнаго права. По воззрѣнію самихъ Римлянъ существенный признакъ этихъ постановленій состоитъ въ томъ, что они признаются въ положительномъ правѣ всѣхъ народовъ. Признавая этотъ признакъ за истинный, Дирксенъ только прибавляетъ, что нахожденіе правила у всѣхъ народовъ не должно понимать буквально, ибо Римляне для признанія правила общенароднымъ довольствовались тѣмъ, что находили его у извѣстныхъ имъ цивилизованныхъ народовъ.

Изъ такого взгляда на сущность общенароднаго права слѣдуетъ, что самый вѣрный признакъ, по которому можно узнать, относятъ ли юристы правило къ общенародному праву, заключается въ томъ, что они указываютъ на его присутствіе въ правѣ всѣхъ народовъ. Но Дирксенъ утверждаетъ, что кромѣ того также несомнѣннымъ признакомъ принадлежности правила къ jus gentium служитъ употребленіе выраженій: natura, ratio naturalis, ratio, aequitas naturalis, lex naturalis, lex naturae, jus naturale, т. е. все такихъ словъ, которыми обозначается согласіе правила съ естественнымъ правомъ [204]).

---

[203]) См. Rheinisches Museum für Jurisprudenz, Philologie etc. 1-е ч. Jahrg. 1 u 2 Heft. 1827. Über die Eigenthümlichkeit des Jus Gentium nach den Vorstellungen der Römer von Dirksen.

[204]) Указ. статья стр. 21.

Однако изъ того, что Дирксенъ допускаетъ этотъ второй признакъ, не слѣдуетъ заключать, чтобы онъ приписывалъ римскимъ юристамъ отождествленіе общенароднаго права съ естественнымъ. Согласіе правила съ правомъ естественнымъ, его разумность (т. е. соотвѣтствіе требованіямъ естественнаго разума) Дирксенъ не считаетъ существеннымъ для принадлежности его къ jus gentium; правило, чтобы быть juris gentium, должно быть непремѣнно общенароднымъ, т. е. примѣняться у всѣхъ народовъ, но оно можетъ быть и противоразумнымъ, каково напр. рабство. Причина же, по которой римскіе юристы очень часто говорятъ о согласіи общенароднаго права съ естественнымъ, заключается въ томъ, что они, недовольствуясь указаніемъ одной внѣшней обязательности общенароднаго права, искали его внутренняго принципа, хотѣли обработывать его научно и видѣли этотъ внутренній принципъ въ естественномъ правѣ.

Изъ этого изложенія видно, что Дирксенъ въ ученіи классическихъ юристовъ объ общенародномъ правѣ придаетъ этому послѣднему значеніе чисто положительнаго права. Такимъ образомъ онъ продолжилъ и закончилъ то, что было едва начато Глюкомъ: онъ рѣшительно выдѣлилъ положительное jus gentium, какъ существенный элементъ въ ученіи юристовъ. Это первая заслуга названнаго ученаго. Другая состоитъ въ томъ, что онъ, не увлекаясь опредѣленіемъ Гая (Inst. I. 1), указалъ на несовпаденіе области общенароднаго и естественнаго права. Хотя, какъ мы увидимъ, Дирксенъ и не остался вѣренъ этому различенію, однако онъ все таки высказалъ вѣрную мысль, благодаря которой чисто практическій, поло-

жительный характеръ общенароднаго врава обрисовывался еще яснѣе.

Однако рядомъ съ этими достоинствами воззрѣніе Дирксена представляетъ много важныхъ недостатковъ, причины которыхъ, по нашему мнѣнію, тѣже, какія были указаны по поводу воззрѣній Глюка, т. е. Дирксенъ не различаетъ отдѣльныхъ юристовъ и времени, которымъ они отдѣляются другъ отъ друга, разсматриваетъ сборники Юстиніана, какъ цѣльное произведеніе съ внутреннимъ единствомъ, и наконецъ слишкомъ буквально толкуетъ источники, хотя въ этомъ отношеніи сравнительно съ Глюкомъ онъ сдѣлалъ шагъ впередъ. Первый недостатокъ Дирксена относится къ самому взгляду его на сущность общенароднаго права. Въ этомъ взглядѣ вѣрно только то, что jus gentium было положительнымъ, практическимъ правомъ. Но способъ образованія этого права Дирксенъ представляетъ невѣрно. Опираясь на опредѣленіе классическихъ юристовъ, въ которомъ говорится, что общенародное право примѣняется у всѣхъ народовъ, Дирксенъ утверждаетъ, что всякое правило, которое юристы встрѣчали у всѣхъ извѣстныхъ имъ цивилизованныхъ народовъ, причислялось къ общенародному праву и слѣдовательно получало значеніе практической, обязательной нормы [205]). Мы не будемъ въ противуположность этому взгляду повторять то, что было сказано въ первой главѣ о способахъ образованія общенароднаго права. Укажемъ только на то, что взглядъ Дирксена представляется весьма мало вѣроятнымъ въ примѣненіи ко времени, предшествовавше-

[205]) Указ. соч. Стр. 3—6, 8, 38.

му классическимъ юристамъ, слѣдовательно ко времени, когда совершилась главная часть всего развитія общенароднаго права: недостаточное научное развитіе общества и общій характеръ права и правообразованія этого времени дѣлаетъ весьма сомнительнымъ предположеніе, что юристы того времени занимались добываніемъ юридическихъ правилъ исключительно путемъ сравнительной юриспруденціи.

Но кромѣ этого общаго соображенія и сопоставленіе источниковъ, относящихся къ разбираемому вопросу, обнаруживаетъ ошибочность взгляда Дирксена. Такъ напр. Гай въ своихъ институціяхъ (I. 55) говоритъ, что отеческая власть есть институтъ исключительно римскій; между тѣмъ не можетъ быть сомнѣнія, что въ главныхъ чертахъ онъ былъ извѣстенъ всѣмъ народамъ древняго міра, и даже самъ Гай сознается, что Галаты признаютъ отеческую власть надъ дѣтьми. Наоборотъ опека надъ малолѣтними, по признанію Гая (I. 183), находится въ правѣ всѣхъ государствъ, и несмотря на то Павелъ считаетъ ее институтомъ цивильнаго права [206]). Чтобы примирить подобныя свидѣтельства источниковъ съ своимъ воззрѣніемъ Дирксенъ прибѣгаетъ къ средствамъ, которыя только обнаруживаютъ его несостоятельность. Такъ, когда онъ имѣетъ въ виду мѣста въ родѣ перваго (объ отеческой власти), то онъ говоритъ, что юристы требовали „совершенно одинаковаго примѣненія правила у различныхъ народовъ“, такъ что отеческая власть не относится юристами къ общенародному праву потому,

[206]) D. 26, 1. De tutel. fr. 1. pr.: «Tutela est, ut Servius definit, vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem suam sponte se defendere nequit, jure civili data ac permissa».

что у другихъ народовъ существовали институты только аналогическіе, а не вполнѣ одинаковые. Напротивъ, когда Дирксенъ имѣетъ въ виду мѣста въ родѣ втораго (объ опекѣ), онъ утверждаетъ, что для причисленія института къ jus gentium юристы требовали только, чтобы въ основныхъ чертахъ своихъ онъ находился у всѣхъ народовъ, тогда какъ второстепенныя черты его у различныхъ народовъ могутъ быть различны [207]). Такое противорѣчіе самому себѣ несомнѣнно проистекаетъ отъ того, что Дирксенъ неправильно истолковалъ источники по одному изъ основныхъ вопросовъ. Встрѣчающееся часто у юристовъ положеніе, что общенародное право есть то, которое примѣняется у всѣхъ народовъ, онъ понялъ буквально, принялъ безъ всякой провѣрки мотивовъ, которые могли вызвать у юристовъ такое опредѣленіе. Ограничимся пока этимъ замѣчаніемъ, предоставляя себѣ ниже войти въ разсмотрѣніе этихъ мотивовъ.

Выше мы поставили Дирксену въ заслугу то, что онъ не отождествилъ общенароднаго права съ естественнымъ и такимъ обрззомъ сохранилъ самостоятельный практическій характеръ перваго. Понявъ источники въ этомъ отношеніи совершенно правильно, онъ къ сожалѣнію не былъ послѣдователенъ и потому то, что создалъ одною рукою, почти совсѣмъ разрушилъ другою. Мы разумѣемъ то положеніе Дирксена, что римскіе юристы считаютъ принадлежащимъ къ общенародному праву всякое юридическое правило, которое они основываютъ на natura, naturalis ratio, jus naturale и т. п. [208]). Этимъ положеніемъ Дирксенъ

[207]) Rhein. Mus. стр. 9, 10. слѣд.

[208]) Указ. ст. стр. 21.

отнимаетъ у естественнаго права всякое самостоятельное значеніе; онъ не отождествляетъ общенароднаго права съ естественнымъ; но онъ естественное право объявляетъ частью общенароднаго: все, что основывается на естественномъ правѣ, тѣмъ самымъ принадлежитъ и къ общенародному. Такое воззрѣніе мы считаемъ ошибочнымъ. Донелла мы упрекнули въ томъ, что въ его воззрѣніи одинъ элементъ ученія юристовъ, естественное право, совершенно поглотилъ другой—право общенародное. У Дирксена случилось наоборотъ: за общенароднымъ правомъ совершенно исчезъ второй элементъ ученія—естественное право. Вслѣдствіе этого воззрѣніе Дирксена оставляетъ необъясненными многія мѣста источниковъ. Слѣдующіе примѣры представятъ доказательство въ пользу нашего сужденія.

При воззрѣніи Дирксена остается совершенно необъясненнымъ то мѣсто изъ Институцій Ульпіана, гдѣ онъ говоритъ о естественномъ правѣ (jus naturale), общемъ людямъ и животнымъ (D. 1, 1, 1.). Ульпіанъ несомнѣнно отличаетъ это послѣднее отъ общенароднаго права и все таки называетъ его тѣмъ самымъ именемъ, которое, по мнѣнію Дирксена, всегда означаетъ jus gentium. Дирксенъ и не пытается объяснить это мѣсто съ своей точки зрѣнія; онъ повидимому считаетъ совершенно достаточнымъ передать то замѣчаніе Гуго, что опредѣленіе Ульпіана создалось подъ вліяніемъ греческой философіи и есть не болѣе, какъ ничего незначущая теоретическая тонкость (Spitzfindigkeit) [209].

---

[209]) Указ. ст. стр. 3.

Съ воззрѣніемъ Дирксена не вяжутся также тѣ мѣста, гдѣ выраженія, означающія естественное право, относятся къ правиламъ цивильнаго права. Гай опеку основываетъ на естественномъ разумѣ [210]); Павелъ, какъ мы видѣли выше, относитъ ее къ цивильному праву (D. 26, 1, 1, pr.). Дирксену оба эти мѣста были извѣстны. Замѣчательно, что изъ ихъ сопоставленія онъ вывелъ слѣдующее заключеніе: „источники единогласно признаютъ связь опеки надъ малолѣтними съ общенароднымъ правомъ" [211]). Это заключеніе Дирксенъ не сопровождаетъ никакимъ объясненіемъ. Его надо искать вѣроятно въ томъ, что́ онъ говоритъ въ началѣ своей статьи: мы уже говорили, что, по его мнѣнію, римскіе юристы для отнесенія института къ jus gentium считали достаточнымъ, чтобы основныя черты его находились въ правахъ всѣхъ народовъ; подробности каждое государство можетъ видоизмѣнять. Но, вопервыхъ, изъ словъ Павла вовсе не видно, чтобы цивильное право опредѣляло только второстепенныя черты опеки; во вторыхъ, источники вообще не подтверждаютъ мнѣнія Дирксена; напротивъ, какъ мы уже указывали, подъ давленіемъ нѣкоторыхъ изъ нихъ онъ самъ пришелъ къ выводу прямо противуположному тому, который мы сейчасъ привели.

Другой подобный примѣръ относится къ институту отеческой власти (patria potestas). Самъ Дирксенъ признаетъ, что это институтъ чисто цивильный, такъ какъ это прямо говоритъ Гай въ своихъ Институці-

---

210) Gai. I. 189: — quia id naturali rationi conveniens est, ut is, qui perfectae aetatis non sit, alterius tutela regatur.

211) Указ. ст. стр. 41. прим. 237 a.

яхъ (I. 55). Между тѣмъ въ Институціяхъ Юстиніана одно изъ послѣдствій этой власти, именно право отца разрѣшать и запрещать дѣтямъ вступленіе въ бракъ, основывается на естественномъ правѣ [212]). По теоріи Дирксена это право отца должно причислить къ общенародному праву. Но тогда очевидно мы впадемъ въ противорѣчіе: институтъ цивильный не можетъ быть въ то же время и общенароднымъ, ибо цивильность его въ томъ именно и состоитъ, что онъ принадлежитъ исключительно національному римскому праву. Но Дирксенъ не хочетъ видѣть этого противорѣчія. Чтобы спасти свое воззрѣніе, онъ прибѣгаетъ къ такому извороту: „какъ принадлежащее къ patria potestas, право отца несомнѣнно принадлежитъ къ римскому цивильному праву; но если мы представимъ это право независимо отъ отеческой власти, какъ принадлежащее восходящему въ качествѣ parens (а такъ именно кажется разсматриваетъ его Pr. J. de nupt.), то не подлежитъ никакому сомнѣнію, что оно должно быть выведено изъ jus gentium“ [213]). Едвали такія ничего необъясняющія діалектическія упражненія могутъ удовлетворить того, кто стремится къ живому пониманію римскаго права.

Въ своемъ стремленіи свести естественное право къ части общенароднаго Дирксенъ старается обратить въ свою пользу такіе источники, которые оче-

---

[212]) J. 1, 10. de nupt. pr.: Justas autem nuptias inter se cives Romani contrahunt, qui secundum praecepta legum coëunt..... dum tamen filiifamilias et consensum habeant parentum, quorum in potestate sunt. Nam hoc fieri debere et civilis et naturalis ratio suadet in tantum, ut jussus parentis praecedere debeat.

[213]) Ук. ст. стр. 41 пр. 137.

видно свидѣтельствуютъ противъ него. Такъ въ доказательство, что бракъ есть институтъ общенароднаго права, онъ ссылается на Исидора (origines) и Ульпіана (D. 1, 1, 1, § 3.). Оба эти писателя относятъ бракъ къ естественному праву, причемъ они совершенно отчетливо отдѣляютъ естественное право отъ общенароднаго [214]).

Въ одномъ мѣстѣ своей статьи Дирксенъ даже прямо считаетъ возможнымъ существованіе естественнаго права, противорѣчащаго общенародному [215]). Очевидно, что это есть ничто иное, какъ сознаніе несостоятельности своей попытки отождествить естественное право съ частью общенароднаго.

Въ заключеніе скажемъ нѣсколько словъ о томъ, какъ Дирксенъ объясняетъ часто встрѣчающееся у юристовъ заявленіе о согласіи общенароднаго права съ естественнымъ. Мы видѣли выше, что Дирксенъ считаетъ это согласіе не существеннымъ признакомъ общенароднаго права. Однако юристы вспоминаютъ объ этомъ согласіи такъ часто и такъ настойчиво, что

---

214) Isidor. Origin. lib. 5. c. 4 и 6: Jus naturale est, aut civile, aut gentium. Jus naturale est commune omnium nationum, eo quod ubique instinctu naturae, non constitutione aliqua, habeatur: ut viri et feminae conjunctio, liberorum successio et educatio, communis omnium possessio et omnium una libertas; adquisitio eorum, quae coelo, terra marique capiuntur. Item depositae rei vel commendatae pecuniae restitutio; violentiae per vim repulsio. Nam hoc, aut si quid simile est, nunquam injustum, sed naturale aequumque habetur.—Jus gentium est sedium occupatio, aedificatio, munitio, bella, captivitates, servitutes, postliminia, foedera pacis, induciae, legatorum non violandorum religio, connubia inter alienigenas prohibita; et inde jus gentium, quod eo jure omnes fere gentes utuntur.

215) Ук. ст. стр. 35, пр. 121 а.

онъ счелъ необходимымъ поискать объясненія этому факту. Находитъ онъ его въ томъ, что юристы стремились раскрыть внутренній принципъ общенароднаго права и думали, что онъ заключается въ его согласіи съ естественнымъ разумомъ. Мы не отрицаемъ, что такое объясненіе до нѣкоторой степени вѣрно: оно указываетъ на одну изъ причинъ вышеозначеннаго факта. Но эта причина не самая главная и потому указаніемъ ея вопросъ разрѣшается не вполнѣ. Если юристы руководились только однимъ теоретическимъ интересомъ, то остается необъясненнымъ, почему же оні продолжали настойчиво приписывать общенародному праву признакъ разумности и тогда, когда сознали, что этотъ признакъ не существенный, что онъ можетъ и отсутствовать въ правилѣ общенароднаго права, что это послѣднее можетъ даже ему противорѣчить. Поведеніе Гая въ этомъ отношеніи бросается въ глаза особенно сильно: въ своемъ опредѣленіи общенароднаго права онъ общенародность и разумность права ставитъ совершенно на равную ногу, придаетъ имъ совершенно одинаково существенное значеніе. Мы не въ правѣ думать, что классическіе юристы мало заботились о вѣрности найденнаго ими научнаго принципа. Прежде чѣмъ прибѣгать къ такому сомнительному средству, мы должны посмотрѣть, не было ли въ римскомъ юридическомъ быту еще какихъ нибудь обстоятельствъ, которыя опредѣляли ихъ образъ дѣйствія. Дирксенъ не сдѣлалъ этого.—

Съ воззрѣніемъ Дирксена почти во всѣхъ существенныхъ чертахъ сходно воззрѣніе Савиньи [216]):

---

[216]) System des heutigen Röm. Rechts. т. I. § 22 и прилож. I.

общенародное право есть право положительное, составленное изъ правилъ, примѣнявшихся у другихъ народовъ; оно объявлено было согласнымъ съ естественнымъ разумомъ, т. е., другими словами, тождественно съ естественнымъ правомъ, благодаря стремленію юристовъ отыскать его научный, внутренній принципъ. Тѣмъ не менѣе мы намѣрены подвергнуть это воззрѣніе особому разсмотрѣнію, во первыхъ потому, что въ подробностяхъ своихъ опо представляетъ нѣсколько новыхъ мыслей, имѣющихъ важность для нашего вопроса, во вторыхъ потому, что отношеніе Савиньи къ источникамъ болѣе правильное, хотя мы и не можемъ согласиться съ нимъ въ толкованіи нѣкоторыхъ изъ нихъ.

То опредѣленіе понятія общенароднаго права, которое мы находимъ у классическихъ юристовъ, по мнѣнію Савиньи, объясняется способомъ образованія этого права: оборотъ съ иностранцами заставилъ Римлянъ прилагать въ спорахъ съ ними, кромѣ своего отечественнаго, и иностранныя права: когда оборотъ этотъ сталъ расширяться, то и кругъ прилагаемыхъ иностранныхъ правъ увеличился; вслѣдствіе этого у Римлянъ постепенно сложилось отвлеченное понятіе о правѣ общемъ у нихъ со всѣми народами. Далѣе Савиньи дѣлаетъ слѣдующую интересную для насъ оговорку: „понятіе о jus gentium было прежде всего почерпнуто изъ опыта и не имѣло достаточнаго основанія въ томъ отношеніи, что Римляне всетаки не могли же обманываться насчетъ неполноты своей индукціи, ибо отчасти они не знали всѣхъ народовъ, отчасти же конечно не по поводу всякаго правила juris gentium они боязливо допытывались, примѣняется ли

оно у всѣхъ извѣстныхъ имъ народовъ" [217]). Изъ этихъ словъ видно, что, по мнѣнію Савиньи, классическіе юристы не очень заботились объ общенародности правила, предназначавшагося для отношеній перегриновъ; для нихъ важно было то, чтобы оно соотвѣтствовало практической потребности. Эта оговорка поставила Савиньи на одинъ шагъ ближе Дирксена къ правильному пониманію общенароднаго права. Странно только, что она не возбудила въ немъ вопроса: почему же римскіе юристы такъ настойчиво удерживаютъ опредѣленіе, явно не соотвѣтствующее дѣйствительности? Этотъ вопросъ могъ бы возбудить въ немъ желаніе изслѣдовать потщательнѣе значеніе втораго элемента ученія классическихъ юристовъ, т. е. естественнаго права.

Между тѣмъ Савиньи, подобно Дирксену, не придаетъ естественному праву никакого самостоятельнаго значенія. Онъ говоритъ, что при раздѣленіи источниковъ права въ римской юриспруденціи господствовало двухчленное дѣленіе, что все право относилось или къ jus civile или къ jus gentium [218]). Для читателя, познакомившагося въ нашемъ изложеніи съ источниками, содержащими въ себѣ ученіе римскихъ юристовъ объ общенародномъ правѣ, покажется страннымъ это положеніе Савиньи, такъ какъ наше изложеніе приводитъ къ заключенію совершенно противуположному. Объясняется это положеніе тѣмъ, что для Савиньи естественное право въ сочиненіяхъ классическихъ юристовъ является только научнымъ прин-

---

[217]) Ук. соч. стр. 110.

[218]) Ст. прил. I къ 1-му т. ук. соч.

ципомъ общенароднаго права, такъ что онъ признаетъ дѣленіе на jus civile и jus gentium вездѣ, гдѣ у юристовъ стоитъ дѣленіе на jus civile и jus naturale; вслѣдствіе этого у него являются сторонниками двухчленнаго дѣленія и Марціанъ и Флорентинъ и Павелъ. Мы думаемъ, что сдѣланный нами въ 3-й главѣ анализъ источниковъ съ достаточною убѣдительностью показываетъ, какъ неправъ Савиньи: за исключеніемъ Гая, всѣ юристы, касающіеся нашего вопроса отдѣляютъ общенародное право отъ естественнаго, слѣдовательно держатся не двухъ, а трехчленнаго дѣленія источниковъ.

Однако и въ отношеніи къ этому второму элементу ученія юристовъ Савиньи представляетъ нѣкоторое движеніе впередъ сравнительно съ Дирксеномъ. Утверждая, что большинство юристовъ держалось двухчленнаго дѣленія, слѣдовательно отождествляло jus gentium съ jus naturale, онъ признаетъ, что три римскихъ юриста — Ульпіанъ, Трифонинъ и Гермогеніанъ держались трехчленнаго дѣленія, слѣдовательно отличали общенародное право отъ естественнаго. [219]). Онъ видитъ въ этомъ попытку къ дальнѣйшему развитію ученія объ источникахъ права и совершенно правильно указываетъ, чтò могло побудить юристовъ къ признанію того вида естественнаго права, который мы находимъ въ институціяхъ Ульпіана. Однако Савиньи ограничился только тѣмъ, что отмѣтилъ фактъ трехчленнаго дѣленія. Имѣя главнымъ образомъ въ виду Гаево опредѣленіе общенароднаго права, толкуя въ томъ же смыслѣ всѣ остальныя мѣста, которыя мы на-

[219]) Ук. соч. стр. 415.

звали сомнительными, безъ всякаго различія, принадлежатъ ли они Гаю же или другимъ юристамъ, онъ довольно легко пришелъ къ тому заключенію, что три вышеозначенные юриста сдѣлали только попытку къ дальнѣйшему развитію ученія объ источникахъ, но что эта попытка не нашла себѣ признанія и не оказала никакого вліянія на отдѣльныя ученія, оставшись въ области „невинныхъ умозрѣній".

Наконецъ, мы должны указать и еще на одну новую, вѣрную мысль въ сочиненіи Савиньи. Замѣчая, что классическіе юристы въ безчисленномъ множествѣ случаевъ основываютъ свои ученія на естественномъ правѣ, что по воззрѣнію Савиньи должно означать—на общенародномъ правѣ, онъ задается вопросомъ: въ чемъ заключается причина такого сильнаго распространенія общенароднаго права? На этотъ вопросъ онъ даетъ слѣдующій отвѣтъ: „по мѣрѣ того, какъ римская нація, господствуя надъ многими различными народами, хотя и ассимилировала ихъ себѣ, но вмѣстѣ съ тѣмъ сама утрачивала свою индивидуальность среди этой громадной и неопредѣленной массы, jus gentium, какъ право, наиболѣе соотвѣтствующее этому новому состоянію, должно было сдѣлаться господствующимъ въ такой степени, какую мы дѣйствительно замѣчаемъ въ Юстиніановомъ законодательствѣ. Такимъ образомъ это великое измѣненіе мы должны разсматривать, какъ дѣло внутренней необходимости, а не порицать, какъ произволъ, или не хвалить, какъ мудрость: въ этомъ дѣлѣ заслуживаетъ высочайшей похвалы только то, что постепенное и тихое дѣйствіе означенной необходимости было понято въ то время такъ вѣрно, какъ никогда прежде, и такимъ образомъ

буква права была примирена съ сильно измѣнившимся духомъ и сущностью его удовлетворительнѣе, чѣмъ этого можно бы было ожидать отъ того времени" [220]). Если оставить въ сторонѣ ошибочное смѣшеніе естественнаго права съ общенароднымъ, то въ приведенныхъ словахъ совершенно вѣрно указана одна изъ главныхъ причинъ, по которымъ естественное право вошло въ Римское положительное право, и даже въ видѣ намека указанъ самый пріемъ, который употребили римскіе юристы для этой реализаціи естественнаго права (смот. конецъ цитаты).

Итакъ, мы думаемъ, что главная точка зрѣнія Савиньи на наши источники невѣрна, ибо онъ не различаетъ въ ученіи юристовъ двухъ самостоятельныхъ элементовъ и смѣшиваетъ общенародное право съ естественнымъ. Но въ отдѣльныхъ частяхъ его ученія, какъ будто безъ его вѣдома, благодаря его геніальному инстинкту, прорываются такія мысли, которыя могли бы пролить яркій свѣтъ на ученіе юристовъ, еслибы они были болѣе углублены и расширены.

Послѣ Савиньи, сколько намъ извѣстно, въ литературѣ до конца 50-хъ годовъ не замѣчается никакого движенія въ разработкѣ занимающаго насъ вопроса. Талантливые и самостоятельные въ другихъ отношеніяхъ писатели повторяютъ безъ всякихъ измѣненій тотъ же самый взглядъ на ученіе классическихъ юристовъ, который мы сейчасъ видѣли у Савиньи, и систематически проводятъ его по всѣмъ частямъ своихъ сочиненій, смѣшивая естественное право съ общена-

---

[220]) Ук. соч. т. I. стр. 113.

роднымъ и приписывая этому послѣднему все то значеніе, которое слѣдовало признать за первымъ [221]).—

Литература по нашему предмету можетъ служить однимъ изъ многихъ доказательствъ той старой истины, что прочные и значительные научные результаты добываются труднымъ и медленнымъ путемъ. Вотъ еще одинъ талантливый и самостоятельный ученый, обратившій серьезное вниманіе на интересующій насъ вопросъ, открывшій въ немъ новую сторону и все таки оставившій значительную часть поля не воздѣланнымъ. Извѣстный англійскій писатель Мэнъ въ третьей и отчасти четвертой главѣ своей книги о „Древнемъ правѣ" въ сжатомъ очеркѣ представляетъ довольно полное объясненіе ученія римскихъ юристовъ объ общенародномъ правѣ [222]).

Чтобы яснѣе понять воззрѣнія Мэна, нужно предварительно замѣтить слѣдующее: по его мнѣнію, всякое право совершенствуется тремя послѣдовательно смѣняющимися способами: посредствомъ фикцій, aequitas и законодательства (см. 2-ю гл. его соч.). Подъ aequitas онъ разумѣетъ совокупность правилъ, становящихся рядомъ съ цивильнымъ правомъ

---

[221]) См. напр. Puchta—Das Gewohnheitsrecht I. 24—44. Instit. I. § 83—85; Böcking—Einleitung in die Pandekten des gemeinen Civilrechts. 1853. § 92*. Относительно Пухты считаемъ нужнымъ замѣтить, что мы не называемъ его послѣдователемъ взгляда Савиньи: хотя его взглядъ совершенно одинаковъ съ послѣднимъ, но онъ высказалъ его еще раньше, чѣмъ появилось «System» Савиньи, именно въ только что цитованномъ сочиненіи объ обычномъ правѣ. Изъ французскихъ писателей, намъ извѣстныхъ, взглядъ Савиньи раздѣляетъ Demangeat—Cours elementaire de droit romain. Paris 1864. т. I. стр. 15—18.

[222]) Maine—L'ancien droit. Paris. 1874. Французскій переводъ Курсель Сенеля съ четвертаго изданія.

и претендующихъ на преимущество предъ последнимъ не во имя какого нибудь внѣшняго авторитета, а въ силу внутренняго достоинства своихъ принциповъ [223]). Время процвѣтанія эдикта и классической юриспруденціи представляетъ господство именно этого способа развитія права.

Въ своихъ воззрѣніяхъ на ученіе классическихъ юристовъ объ общенародномъ правѣ Мэнъ исходитъ изъ извѣстнаго опредѣленія Гая (заключающагося также и въ Институціяхъ Юстиніана), гдѣ все право сводится къ двумъ элементамъ: цивильному и общенародному праву, причемъ это послѣднее является предписаніемъ естественнаго разума [224]). „Та часть права, которую естественный разумъ установляетъ для всего рода человѣческаго, по предположенію Римлянъ, была введена въ ихъ юриспруденцію посредствомъ преторскаго эдикта. Въ нѣкоторыхъ мѣстахъ она называется проще jus naturale, или естественнымъ правомъ, причемъ установленіе ея правилъ приписывается естественной справедливости (naturalis aequitas) также, какъ и естественному разуму.“ Такимъ образомъ Мэнъ приводитъ въ тѣсную связь между собою общенародное право, естественное право и aequitas. Дальнѣйшее изложеніе его предназначается для того, чтобы опредѣлить происхожденіе этихъ трехъ выраженій и взаимное отношеніе понятій, ими обозначаемыхъ [225]).

Для этой цѣли Мэнъ прежде всего обращается къ разсмотрѣнію, какимъ образомъ возникло общенарод-

[223]) L'ancien droit. стр. 28.
[224]) Gai I. 1.; J. 1, 2. De j. nat. g. et. c. § 1.
[225]) Ук. соч. стр. 45.

ное право. Онъ думаетъ, что это право было вызвано необходимостью опредѣлить отношенія многочисленныхъ иностранцевъ, проживавшихъ въ Римѣ. Римляне считали иностранцевъ неспособными жить по римскому національному праву, а примѣнять къ нимъ ихъ собственное, отечественное право они считали унизительнымъ для себя. Однако безопасность самого Рима и даже его положительные интересы побуждали Римлянъ дать огромной массѣ иностранцевъ какое нибудь опредѣленное юридическое положеніе. Чтобы отыскать необходимыя для этого правила, они выбрали изъ правъ извѣстныхъ имъ италійскихъ народовъ тѣ постановленія, которыя одинаково входили въ составъ каждаго изъ этихъ правъ. Совокупность найденныхъ такимъ способомъ правилъ и была названа jus gentium. Такимъ образомъ первоначально это выраженіе имѣло буквальный смыслъ, означая право общее всѣмъ народамъ [226]).

Такъ как древніе римляне не охотно, лишь по крайней необходимости допускали присутствіе иностранцевъ въ Римѣ и такъ какъ они создали для нихъ новое право потому, что не считали ихъ способными жить по національному римскому праву, то они не могли относиться съ уваженіемъ къ общенародному праву. Всѣ особенности этого права, въ которыхъ мы видимъ его преимущество предъ цивильнымъ, древнимъ Римлянамъ напротивъ казались заслуживающими презрѣнія. Но это отношеніе къ jus gentium измѣняется весьма рѣшительно съ того времени, когда въ римское общество проникаетъ ученіе греческой фи-

---

[226]) Ук. соч. стр. 45—49.

лософіи о естественномъ правѣ. Римскіе юристы привели это ученіе въ тѣснѣйшую связь съ практическимъ приложеніемъ общенароднаго права [227]).

Чтобы эта связь въ ученіи классическихъ юристовъ была понятнѣе, Мэнъ считаетъ нужнымъ обратить вниманіе не только на исторію общенароднаго права, но также и на сущность и судьбу теоріи естественнаго права. Онъ указываетъ на то, что греческіе философы, у которыхъ Римляне заимствовали эту теорію, подъ именемъ „природы" разумѣли совокупность явленій первоначально только физическаго, а впослѣдствіи и нравственнаго міра; но всѣ эти явленія представляли не разрозненную массу, а нѣчто цѣлое, управляемое общими и простыми законами. Подобно тому, какъ въ мірѣ физическомъ, и въ мірѣ нравственномъ господство этихъ простыхъ законовъ было возмущено нѣкоторыми несчастными событіями, вслѣдствіе чего жизнь человѣчества сдѣлалась сложною и бурною. Задача человѣка состоитъ въ томъ, чтобы возвратиться къ природѣ, стать выше безпорядочныхъ привычекъ и грубыхъ удовольствій толпы, воздерживаться и быть господиномъ надъ самимъ собою. Это ученіе, развитое главнымъ образомъ стоической философіей, пустило, по мнѣнію Мэна, глубокіе корни въ высшемъ классѣ римскаго общества и между прочимъ нашло себѣ ревностныхъ приверженцевъ въ римскихъ юристахъ [228]). Мэнъ не останавливается спеціально на ученіи о естественномъ правѣ. Такъ какъ у греческихъ философовъ оно излагается въ очень общихъ

---

[227]) Ук. соч. стр. 49, 50.
[228]) Ук. соч. стр. 51—54.

чертахъ и поэтому представляетъ мало новаго сравнительно съ общимъ этическимъ ученіемъ, то вѣроятно онъ счелъ достаточнымъ для своей цѣли ограничиться этимъ послѣднимъ.

Между этими двумя правами, положительнымъ общенароднымъ и ѳеоретическимъ естественнымъ, Мэнъ указываетъ одну общую характеристическую черту. Сравнивая общенародное право съ древнимъ цивильнымъ, Римляне должны были замѣтить, что первое постоянно стремится къ сглаживанію неправильныхъ и произвольныхъ различій, установляемыхъ послѣднимъ, напр. оно не признаетъ различія между родственниками, состоящими и несостоящими подъ одною отеческой властью, между формами собственности на res mancipi и nec mancipi и т. п. Это сглаживающее, нивеллирующее свойство общенароднаго права Римляне назвали aequitas. Обращаясь затѣмъ къ естественному праву, Римляне замѣтили, что и въ немъ отличительную черту составляетъ тоже сглаживающее, уравнивающее стремленіе, т. е. также aequitas. „Съ словомъ природа соединялось представленіе о симметрическомъ порядкѣ, сначала въ мірѣ физическомъ, позднѣе и въ мірѣ нравственномъ; въ первое понятіе о порядкѣ безъ сомнѣнія входили прямыя линіи, равныя поверхности, размѣренныя разстоянія. Одна и таже картина или фигура естественно представлялась уму, когда онъ воображалъ состояніе природы или наблюдалъ примѣненіе общенароднаго права [229])“.

Теперь становится понятнымъ какъ то, откуда въ ученіи юристовъ о jus gentium появляется естествен-

[229]) Ук. соч. стр. 56—58.

ное право, такъ и то, какимъ образомъ они могли поставить оба эти права въ тѣснѣйшую связь. Стоическое ученіе о природѣ обнаружило свое вліяніе не столько въ томъ, что оно внесло въ римское право извѣстное количество новыхъ правилъ, сколько въ томъ, что римская юриспруденція заимствовала у него одно основное предположеніе, а именно: по мѣрѣ того, какъ ученіе о природѣ въ вышеозначенномъ смыслѣ все глубже проникало въ умы Римлянъ, юристы стали вѣрить, что jus gentium есть ничто иное, какъ забытый кодексъ природы, и что преторъ, создавая свой эдиктъ согласно съ принципами общенароднаго права, только возстановлялъ тотъ типъ, отъ котораго римское право уклонилось къ своему ущербу [280]). Мэнъ полагаетъ, что въ дошедшихъ до насъ отрывкахъ изъ сочиненій классическихъ юристовъ заключается полное отождествленіе общенароднаго права съ естественнымъ. „Jus naturale, или право природы, говоритъ онъ, есть просто jus gentium, или право общенародное, разсматриваемое съ точки зрѣнія особенной теоріи. Юрисконсультъ Ульпіанъ съ той любовью къ различеніямъ, которая характеризуетъ юристовъ, пытался безуспѣшно раздѣлять эти два права; но слова Гая, имѣющаго высшій авторитетъ (?), и мѣсто Институцій Юстиніана, указанное нами, не дозволяютъ сомнѣваться, что оба выраженія означаютъ въ сущности одно и тоже; различіе, существующее между ними, есть чисто историческое, и серьезно никогда не могли отдѣлить ихъ одно отъ другаго [281])".

---

[280]) Ук. соч. стр. 55.
[281]) Ib. стр. 51.

Увѣровавши въ реальность естественнаго права, Римляне стали думать, что преторъ долженъ стремиться при помощи своего эдикта поставить это право выше цивильнаго, чтобы по возможности возстановить прежнее состояніе природы. Мэнъ полагаетъ, что эдиктъ претора былъ могущественнымъ органомъ реализаціи естественнаго права [232]). Когда же дѣятельность этого органа остановилась послѣ окончательной редакціи Юліана, его задача перешла къ классическимъ юристамъ, которыми и была доведена до конца [233]).

Мэнъ мимоходомъ указываетъ и на послѣдствія этой реализаціи естественнаго права. „Не осталось ни одного уголка на полѣ юриспруденціи, на которомъ бы не обнаруживалось въ большей или меньшей степени вліяніе aequitatis (съ точки зрѣнія Мэна это значитъ—естественнаго права; ср. стр. 59 его соч.). Она доставила юристу всѣ матерьялы для обобщенія, всѣ методы толкованія, средства для разъясненія основныхъ принциповъ и большую массу ограничительныхъ правилъ, которыми законодатель занимается рѣдко, но которыя однако обнаруживаютъ значительное вліяніе на приложеніе всѣхъ законодательныхъ актовъ“ [234]). Идеѣ природы всегда были присущи идеи упрощенія и обобщенія; поэтому римскіе юристы стремились внести въ римское право простоту, симметрію, ясность,—свойства, за которыя такъ высоко цѣнятся уцѣлѣвшіе остатки классической юридической литературы [235]).

---

[232]) Ib. стр. 55.
[233]) Ib. стр. 64, 65.
[234]) Ib. стр. 65.
[235]) Ib. стр. 55.

Обращаемся къ оцѣнкѣ воззрѣнія Мэна. Оно представляетъ двѣ новыя стороны сравнительно съ предыдущими писателями. Во первыхъ, Мэнъ обратилъ должное вниманіе на второй элементъ ученія классическихъ юристовъ, на естественное право. Онъ не только указалъ на его источникъ (стоическая философія), но и поставилъ и отвѣтилъ на вопросъ о томъ, какое практическое значеніе въ римскомъ обществѣ имѣла греческая теорія о природѣ и естественномъ правѣ. Дирксенъ и Савиньи находили, что юристы внесли въ ученіе объ общенародномъ правѣ теорію естественнаго права только ради научнаго интереса, съ цѣлью отыскать принципъ общенароднаго права, причемъ оставалось непонятнымъ, почему юристы упорно держались этого принципа даже тогда, когда видѣли, что онъ не покрываетъ собою всей области общенароднаго права. Мэнъ показалъ, что естественное право имѣло въ глазахъ римскихъ юристовъ самостоятельный интересъ. Оно было для нихъ юридическимъ вѣрованіемъ, которому они хотѣли дать возможно полное осуществленіе въ дѣйствительной жизни. Такимъ образомъ онъ первый выдвинулъ почти на надлежащую высоту второй элементъ ученія римскихъ юристовъ объ общенародномъ правѣ, дѣлая ошибку (конечно очень важную) только въ томъ, что приписалъ всѣмъ юристамъ отождествленіе обоихъ правъ [236]).

---

[236]) Излагая воззрѣніе Савиньи, мы замѣтили, что онъ указалъ одну изъ главныхъ причинъ расширенія области общенароднаго права, понимаемаго въ томъ смыслѣ, какъ его опредѣляетъ Гай, т. е. въ смыслѣ естественнаго права. Эта причина—соціальное объединеніе народовъ Римской имперіи. Мэнъ указываетъ на другую причину того же явленія—на практическую силу теоріи естественнаго права.

Вторая новая сторона въ ученіи Мэна заключается въ томъ, что онъ объяснилъ, какимъ образомъ оказалось возможнымъ отождествленіе общенароднаго права съ естественнымъ, указавъ на общій имъ обоимъ элементъ — на aequitas. Въ существенныхъ чертахъ мы признаемъ это объясненіе правильнымъ, распространяться же о немъ подробнѣе считаемъ излишнимъ, такъ какъ отчасти уже коснулись его въ первой главѣ (прим. 25), отчасти же возвратимся къ нему, излагая собственное воззрѣніе на этотъ предметъ.

Но Мэну приходится сдѣлать тотъ же упрекъ, какъ и предыдущимъ писателямъ: онъ игнорируетъ цѣлую массу источниковъ, свидѣтельствующихъ, что многіе римскіе юристы отличали естественное право отъ общенароднаго. Изъ нихъ онъ обращаетъ вниманіе только на одного Ульпіана, попытку котораго, отличить естественное право отъ общенароднаго онъ считаетъ безуспѣшною. Для него почему то Гай имѣетъ высшій авторитетъ [237]), чѣмъ Ульпіанъ; на немъ одномъ (по крайней мѣрѣ по видимому) онъ основываетъ свое заключеніе, что римскіе юристы отождествляли оба права.

Другой упрекъ, который можно сдѣлать Мэну, заключается въ слѣдующемъ: относясь вообще съ живымъ историческимъ пониманіемъ къ римскому праву, не ограничиваясь однимъ толкованіемъ буквы источниковъ, онъ тѣмъ не менѣе оставилъ безъ самостоятельнаго разсмотрѣнія вопросъ: зачѣмъ римскимъ юристамъ нужно было связывать естественное право съ общенароднымъ? Если они стремились при-

[237]) См. ук. соч. стр. 51.

дать первому силу положительнаго права, то почему они не сдѣлали этого прямо, опираясь на огромное значеніе своего сословія во всемъ, что касалось правообразованія? Мэнъ правда въ одномъ мѣстѣ говоритъ, что они сами вѣрили въ тождество обоихъ правъ [238]). Но мы знаемъ такія мѣста изъ ихъ сочиненій, гдѣ они прямо сознаютъ различіе ихъ по нѣкоторымъ пунктамъ; значитъ вѣра ихъ не была наивною, не тронутою сомнѣніями. Почему же, не смотря на то, они упорно держались отождествленія?

Мы должны однако оговориться: въ книгѣ Мэна есть нѣсколько бѣглыхъ фразъ, которыя можно бы счесть отвѣтомъ на нашъ вопросъ. „Римскіе юристы", говоритъ онъ, „желая оправдать улучшенія въ ихъ правѣ, производимыя преторомъ, заимствовали у Греціи ученіе о естественномъ состояніи человѣка, о естественномъ обществѣ, предшествовавшемъ образованію республикъ, управляемыхъ положительными законами" [239]). Такъ какъ, по мнѣнію Мэна, преторскій эдиктъ былъ единственнымъ органомъ общенароднаго права [240]), то изъ приведенныхъ словъ слѣдуетъ, что отождествленіе обоихъ правъ, по мнѣнію Мэна, произошло изъ желанія юристовъ оправдать введеніе общенароднаго права. Но мы не можемъ отнестись серьезно къ такому заключенію, отчасти потому, что приведенныя слова Мэна сказаны мимоходомъ, безъ намѣренія отвѣтить на спеціально поставленный вопросъ о причинѣ отождествленія; отчасти же потому,

---

[238]) Ib. стр. 55.
[239]) Ук. соч. стр. 68.
[240]) Ср. стр. 59, 61.

что въ другомъ мѣстѣ (ук. соч. стр. 47 и слѣд.) Мэнъ приписываетъ введеніе общенароднаго права крайней необходимости регулировать отношенія многочисленныхъ иностранцевъ, причемъ конечно не было никакой надобности оправдывать эту мѣру, именно благодаря ея крайней необходимости. Можно было бы еще предположить, что Мэнъ относитъ это оправданіе черезъ jus naturale не къ самому возникновенію общенароднаго права, а къ тому пункту, когда оно получило значеніе общеобязательнаго права для гражданъ и не гражданъ. Но Мэнъ нигдѣ объ этомъ не говоритъ опредѣленно.

Въ заключеніе сдѣлаемъ еще два замѣчанія по поводу разбираемой книги. Мы не можемъ признать правильною ту мысль, что эдиктъ претора былъ органомъ естественнаго права [241]). Это послѣднее получаетъ замѣтное распространеніе среди римскаго общества вообще и въ частности среди римскихъ юристовъ лишь въ концѣ республики, между тѣмъ какъ значительная правообразовательная дѣятельность претора началась по меньшей мѣрѣ лѣтъ за сто раньше. Преторъ дѣйствовалъ большею частью въ томъ же духѣ, какой господствуетъ и въ естественномъ правѣ, но не теорія этого послѣдняго была тому причиной.

Затѣмъ мы не можемъ также признать правильнымъ полнаго смѣшенія естественнаго права не только съ общенароднымъ, но и съ aequitas. Мы ограничимся здѣсь этимъ голымъ замѣчаніемъ, имѣя въ виду коснуться этого предмета при изложеніи нашего собственнаго воззрѣнія.—

---

[241]) См. напр. стр. 45, 55 ук. соч.

Обращаемся, въ заключеніе нашего литературнаго очерка, къ сочиненію Фойгта, которое въ двухъ обширныхъ томахъ представляетъ попытку разсмотрѣть нашъ вопросъ всесторонне [242]). Оно имѣетъ для насъ большой интересъ, потому что авторъ его собралъ огромный матерьялъ, приложилъ много старанія къ объясненію его и иногда подходитъ къ истинѣ ближе, чѣмъ кто либо изъ предшествующихъ писателей.

Второй томъ Фойгтъ предназначаетъ спеціально для исторіи общенароднаго права; слѣдовательно онъ содержитъ въ себѣ то, что мы относимъ къ практическому элементу ученія юристовъ о jus gentium. Исторія возникновенія и развитія общенароднаго права изслѣдована у Фойгта основательнѣе, чѣмъ въ какомъ нибудь другомъ сочиненіи, и результаты его изслѣдованія въ существенныхъ чертахъ мы признаемъ за истинные. Читатель уже знакомъ съ ними изъ первой главы нашего сочиненія, такъ какъ въ ней мы имѣли Фойгта своимъ руководителемъ; поэтому намъ нѣтъ надобности излагать ихъ здѣсь.

Первый же томъ Фойгта посвященъ изложенію ученія самихъ римскихъ юристовъ о естественномъ правѣ (то, что мы называемъ теоретическимъ элементомъ ученія о jus gentium), о правѣ общенародномъ и объ aequitas, или jus aequum et bonum. Насъ въ настоящую минуту интересуетъ только ученіе о первыхъ двухъ правахъ. Прежде Фойгтъ разсматриваетъ ученіе о естественномъ правѣ. Мы передадимъ изъ его изложенія только то, что необходимо для на-

---

[242]) M. Voigt — Das jus naturale aequum et bonum und jus gentium der Römer. Leipz. I. 1856; II. 1858.

шей ближайшей цѣли, причемъ воспользуемся и нѣкоторыми подробностями, помѣщенными во второмъ томѣ.

Невозможность для римскихъ гражданъ во времена имперіи посвящать свое время прежней государственной дѣятельности и образовавшійся вслѣдствіе этого досугъ обратили лучшіе умы римскаго общества въ область науки и искусства. Греческая философія сдѣлалась однимъ изъ любимыхъ предметовъ всего образованнаго класса; вмѣстѣ съ тѣмъ начало распространяться и знакомство съ теоріей естественнаго права во всѣхъ ея оттѣнкахъ. Еще во времена республики всемірныя завоеванія и всемірная торговля расширили духовный кругозоръ римлянъ, такъ что космополитическія идеи естественнаго права упали на подготовленную почву. Благодаря этому знакомство съ естественнымъ правомъ мы встрѣчаемъ не только у юристовъ, но и у философовъ и поэтовъ римскихъ [243]).

Какъ и естественно ожидать наибольшее вліяніе естественнаго права Фойгтъ замѣчаетъ въ области юриспруденціи. Онъ пытается на основаніи сохранившихся источниковъ возстановить въ систематической формѣ ученія отдѣльныхъ юристовъ о естественномъ правѣ. Впрочемъ онъ сознается, что эти ученія съ теоретической своей стороны представляютъ мало новаго сравнительно съ ихъ источникомъ. Римскіе юристы обратили главное свое стараніе на раскрытіе **содержанія** естественнаго права, т. е. его отдѣльныхъ правилъ. Разработка естественнаго

---

[243]) Укз. соч. т. II. стр. 831; т. I. стр. 229—266.

права въ этомъ направленіи обусловливалась, во первыхъ, тѣмъ, что римскіе юристы всегда связывали свою дѣятельность съ интересами гражданскаго оборота; во вторыхъ, тѣмъ, что они сознавали неудовлетворительность стараго права, несоотвѣтствіе его новымъ потребностямъ и необходимость коренныхъ реформъ. Совершить эти реформы путемъ законодательства, путемъ прямой отмѣны старыхъ и установленія новыхъ нормъ за одинъ разъ они не рѣшились по свойственной всѣмъ свободнымъ народамъ привязанности къ своему прошлому. Поэтому они прибѣгли къ менѣе рѣшительному средству; они стали проводить въ римское право новыя правила естественнаго права постепенно, незамѣтнымъ путемъ, въ формѣ своихъ отвѣтовъ (responsa) и контроверзъ. Такимъ образомъ имъ удалось постепенно устранить негодную часть стараго права и наполнить юридическую жизнь новыми правилами. При разработкѣ естественнаго права въ этомъ направленіи каждый отдѣльный юристъ сдѣлалъ больше, чѣмъ Цицеронъ и вся греческая философія [244]).

Послѣ разсмотрѣнія естественнаго права Фойгтъ переходитъ къ ученію юристовъ о jus gentium. Подвергнувши подробному разсмотрѣнію всѣ отрывки, содержащіе въ себѣ это ученіе, онъ приходитъ къ такому выводу, что далеко не всѣ юристы отождествляли общенародное право съ естественнымъ. Отождествленіе онъ признаетъ несомнѣнно у одного только Гая и считаетъ весьма вѣроятнымъ, что и Ульпіанъ держался того же ученія. Относительно всѣхъ

[244]) Указ. соч. I. стр. 267—344.

остальныхъ юристовъ онъ утверждаетъ, что они никоимъ образомъ не смѣшивали естественнаго права съ общенароднымъ [245]). На тѣхъ мѣстахъ, которыя мы въ своемъ изложеніи источниковъ отнесли къ сомнительнымъ, онъ почти не останавливается, не придавая имъ повидимому никакого существеннаго интереса.

Затѣмъ Фойгтъ обращаетъ свое вниманіе уже исключительно на юристовъ отождествляющихъ. Онъ разсматриваетъ, какимъ путемъ въ ихъ умѣ могло совершиться отождествленіе. Знакомство съ теоріей естественнаго права вызвало у нихъ между прочимъ интересъ къ вопросу о конечной причинѣ обязательной силы положительнаго права. Такъ какъ Римское право представлялось въ то время въ двухъ крупныхъ половинахъ—общенародномъ и цивильномъ правѣ, то понятно, что вопросъ былъ сведенъ на разсмотрѣніе причины обязательности этихъ двухъ правъ. Благодаря знакомству съ теоріей естественнаго права, у римскихъ юристовъ уже было въ головѣ представленіе объ одной противуположности, именно о противуположности естественнаго и цивильнаго права. Обязательность этого послѣдняго основывалась на томъ, что оно примѣнялось къ лицамъ, соединившимся въ государственный союзъ (civitas) между прочими цѣлями и для общенія въ правѣ; обязательность перваго основывалась на томъ, что оно примѣнялось ко всѣмъ людямъ, какъ соединеннымъ между собою въ общечеловѣческій союзъ (societas hominum) также для общенія въ правѣ. Такъ какъ историческое jus gen-

---

[245]) Ibid. стр. 408—416, 423.

tium точно также примѣнялось ко всѣмъ людямъ, то неудивительно, что, благодаря одинаковости этого признака у естественнаго и общенароднаго права, римскіе юристы стали объяснять обязательность этого послѣдняго тѣмъ же пріемомъ, какъ и обязательность перваго, а вслѣдствіе этого пришли къ тому, что стали отождествлять общенародное право съ естественнымъ [246]).

Но, по мнѣнію Фойгта, ни Ульпіанъ, ни Гай не могли заблуждаться относительно ошибочности отождествленія, такъ какъ оно представляло слишкомъ грубыя теоретическія погрѣшности. Такъ, области, на которыя простиралось дѣйствіе обоихъ правъ, были различны, напр. Sctm Orphitianum и Tertullianum, Edictum Unde liberi и Unde cognati основывались на принципѣ естественнаго права, но никогда не принадлежали къ общенародному праву. Такъ, далѣе, субъектомъ естественнаго права признавался всякій человѣкъ, даже рабъ, тогда какъ субъектомъ общенароднаго права — только свободный человѣкъ. Наконецъ, естественное право было только теоретическимъ, тогда какъ общенародное было историческимъ положительнымъ правомъ [247]).

Такая очевидность и грубость ошибокъ заставляетъ Фойгта задаться вопросомъ: не было ли какихъ нибудь серьезныхъ причинъ, которыя побуждали Гая и Ульпіана держаться отождествленія обоихъ правъ? Такихъ причинъ онъ указываетъ нѣсколько. Самая главная, передъ которой, по его мнѣнію, остальныя отсту-

246) Ib. стр. 262, 415, 426—442.
247) Jb. стр. 310—314, 421—426.

паютъ на заднiй планъ, заключалась въ томъ, что духъ времени, въ которое жили классическiе юристы, требовалъ расширенiя области общенароднаго права на счетъ цивильнаго. Это расширенiе они производили такимъ образомъ, что всякое правило цивильнаго права, носившее признаки естественнаго, они относили къ общенародному. Въ самомъ способѣ опредѣленiя признаковъ, по мнѣнiю Фойгта, обнаруживается наглядно указываемое имъ стремленiе юристовъ. Въ своемъ опредѣленiи общенароднаго права Гай приписываетъ ему три признака: 1) это есть право, которымъ пользуются всѣ люди (jus commune omnium hominum); 2) право, одинаково прилагаемое у всѣхъ народовъ (quod apud omnes populos peraeque custoditur); 3) право, установляемое естественнымъ разумомъ (quod naturalis ratio constituit). Изъ опредѣленiя можно заключить, что правиломъ общенароднаго права можно считать только то, которое имѣетъ всѣ три эти признака; но на самомъ дѣлѣ, по мнѣнiю Фойгта, въ отдѣльныхъ случаяхъ Гай для причисленiя правила къ общенародному праву довольствуется наличностью одного какого нибудь признака. Съ помощью такого прiема становилось возможнымъ переводить въ общенародное право многiя цивильныя правила; въ видѣ примѣра Фойгтъ приводитъ опеку, институтъ несомнѣнно цивильный, который однако у Гая, по мнѣнiю Фойгта, отнесенъ къ общенародному праву на томъ основанiи, что опека существуетъ во всѣхъ государствахъ [248]).

Кромѣ главной причины отождествленiя Фойгтъ указываетъ двѣ другiя, какъ онъ думаетъ, второсте-

---

[248]) Ib. стр. 429–431.

пенныя. Во первыхъ, римскіе юристы всегда стремились своимъ умозрѣніямъ въ области права придать практическое значеніе, отыскать для естественнаго права реальное основаніе. Самый пригодный для этого путь, по мнѣнію Фойгта, представлялся самъ собою: нужно было подложить естественное право подъ jus gentium и подъ aequitas,—что̀ римскіе юристы и сдѣлали. Ту же самую мысль съ нѣкоторымъ поясняющимъ оттѣнкомъ Фойгтъ выражаетъ въ слѣдующемъ мѣстѣ своей книги: „римскіе юристы излагаютъ естественное право, какъ истинное и дѣйствительное, господствующее и обязательное право..., указывая его въ данномъ уже положительномъ правѣ.... Это выражается въ сліяніи juris gentium и juris aequi et boni съ jus naturale“ (I. 472). Другая второстепенная причина заключается въ стремленіи юристовъ дать теоретическое основаніе правиламъ, институтамъ и самому понятію общенароднаго права и такимъ образомъ вывести ихъ изъ состоянія чисто положительнаго, историческаго существованія. А это стремленіе въ свою очередь проистекало изъ болѣе общаго направленія умовъ того времени къ отвлеченному умозрѣнію, направленія, проникнувшаго въ юриспруденцію, благодаря распространенности философскаго образованія. Какимъ именно образомъ, по мнѣнію Фойгта, юристы при помощи ученія объ общечеловѣческомъ союзѣ (societas hominum) соединили естественное право съ общенароднымъ, объ этомъ мы уже сказали выше [249]).

Фойгтъ коснулся и вопроса о томъ, каковы были для положительнаго римскаго права практическія по-

---

[249]) Ib. 426—429.

слѣдствія ученія юристовъ (или точнѣе ученія Гая и Ульпіана) объ общенародномъ правѣ. Но въ этомъ вопросѣ онъ особенно неопредѣлененъ, вслѣдствіе чего мы не можемъ съ увѣренностью сказать, каковъ его настоящій взглядъ на этотъ вопросъ, и потому считаемъ болѣе удобнымъ представить читателю мысли Фойгта не въ систематическомъ изложеніи, а въ простомъ сопоставленіи.

На стр. 399 перваго тома, начиная излагать ученіе классическихъ юристовъ объ общенародномъ правѣ, Фойгтъ объ этомъ ученіи дѣлаетъ слѣдующее общее замѣчаніе: „высшее научное умозрѣніе, которое, возбуждая лучшіе умы націи къ новымъ плодотворнымъ идеямъ, простерло свой полетъ на всѣ области науки и искусства, а въ области юриспруденціи сосредоточивалось преимущественно въ ученіи о jus naturale,— это высшее умозрѣніе овладѣло также и существовавшимъ въ государственномъ правѣ раздѣленіемъ права на jus civile и jus gentium и такимъ образомъ захватило чуждую повидимому ему матерію съ тѣмъ, чтобы переработать ее совершенно новымъ, самостоятельнымъ способомъ, пропитать и вдохновить ее чуждыми философскими идеями и такимъ образомъ дать ей высшее основаніе, возвышающееся надъ чисто исторической конструкціей, съ другой же стороны на самомъ дѣлѣ и измѣнить ее въ самомъ существѣ". На страницѣ 334 того же тома Фойгтъ говоритъ, что сочетаніе естественнаго права съ общенароднымъ (а также и съ jus aequum et bonum) имѣло двоякое значеніе: чисто теоретическое, если мы будемъ обращать вниманіе на то, что оно имѣло своею цѣлью дать матеріи положительнаго права научное оправданіе,

представить ее истеченіемъ изъ источника высшей и конечной юридической истины. „Но такъ какъ это сочетаніе служитъ въ тоже время къ тому, чтобы расширить область jus gentium насчетъ jus civile, область jus aequum et bonum насчетъ jus strictum, слѣдовательно служитъ требованіямъ духа времени, то рядомъ съ теоретическимъ значеніемъ оно имѣетъ и практическое, ибо jus naturale становится силою, которая съ исторически данной матеріей связываетъ новыя дѣйствія, глубоко проникающія въ гражданскій оборотъ, и такимъ образомъ подвергаетъ существенному измѣненію самую матерію права".

Кромѣ этихъ общихъ выраженій въ первомъ томѣ мы не находимъ ничего по данному вопросу. Но во второмъ томѣ, гдѣ изглагается исторія общенароднаго права, встрѣчаются нѣкоторыя подробности. Фойгтъ говоритъ, что на признаніе или отрицаніе матеріи общенароднаго права, выработанной путемъ историческаго образованія, сочетаніе съ естественнымъ правомъ не имѣло никакого вліянія, такъ что институты общенароднаго права, противорѣчившіе естественному праву, сохраняли, не смотря на то, полную силу. Но Фойгтъ указываетъ на то, что благодаря этому сочетанію, общенародное право увеличилось въ своемъ содержаніи. Когда умы юристовъ понемногу привыкли съ понятіемъ объ общенародномъ правѣ соединять признакъ естественной разумности, они стали разсматривать этотъ признакъ, какъ самостоятельный. Прежде они знали одинъ самостоятельный, существенный признакъ общенароднаго права — примѣнимость правила ко всѣмъ людямъ; теперь же они признаютъ другой, столь же самостоятельный — согласіе пра-

вила съ естественнымъ разумомъ: они начинаютъ причислять къ общенародному праву всякое правило, которое обладаетъ такимъ признакомъ, хотя бы они до сего времени и не находились въ положительномъ правѣ. Совокупность правилъ этого рода Фойгтъ называетъ pseudo-jus gentium. Нѣкоторыя изъ этихъ правилъ юридической теоріи были признаны практикой и такимъ образомъ сдѣлались дѣйствительно положительнымъ общенароднымъ правомъ [250]). Такимъ путемъ, по мнѣнію Фойгта, возникли напр. condictio ex non justa causa и цѣлый рядъ способовъ пріобрѣтенія права собственности (occupatio, alluvio, specificatio, commixtio и confusio, accessio, traditio). „Если мы наконецъ взвѣсимъ", заключаетъ Фойгтъ, „что на этомъ неистинномъ, вполнѣ ложномъ основаніи общенароднаго права (т. е. на естественномъ правѣ) римскіе юристы утверждали размышленія и выводы, которые принадлежатъ къ самымъ прекраснымъ и возвышеннымъ, къ самымъ глубокимъ и тонкимъ результатамъ, которые только создавала римская наука, то мы конечно должны признать высокое вліяніе, которое теорія естественнаго права оказала на jus gentium, какъ относительно разработки уже даннаго матерьяла, такъ и относительно расширенія и умноженія его, хотя конечно не можетъ быть никакого сомнѣнія, что далеко не все естественное pseudo-jus gentium было обращено въ истинное jus gentium" [251]).

Но иногда Фойгтъ высказываетъ о томъ же предметѣ сужденія совершенно иного рода [252]). Прежде, чѣмъ

[250]) Ук. с. II. стр. 833 - 835.

[251]) Ib. стр. 842—844.

[252]) Считаемъ нужнымъ сдѣлать слѣдующую оговорку по поводу этихъ сужденій: мы не увѣрены, выражаютъ ли они воззрѣнія Фойгта на

привести одно изъ такихъ сужденій, нужно замѣтить слѣдующее. Фойгтъ указываетъ на то, что jus naturale, какъ истекающее изъ высшаго источника конечной истины, является абсолютной истиной въ области права; поэтому совершенно послѣдовательно признать его за правило, установляемое для всѣхъ людей. Но отсюда въ свою очередь можно сдѣлать четыре новыхъ вывода, а именно, что in potentia естественное право обще всѣмъ людямъ, всѣмъ народамъ, имѣетъ силу во всѣ времена и находится въ полной гармоніи съ присущимъ человѣку юридическимъ убѣжденіемъ, съ внутреннимъ голосомъ субъективной справедливости, т. е. съ aequitas. Затѣмъ изъ этихъ четырехъ положеній можно дѣлать дальнѣйшіе выводы: во первыхъ, такъ какъ jus naturale потенціально примѣнимо ко всѣмъ людямъ и у всѣхъ народовъ и во всѣ времена, то можно требовать, чтобы цивильное право не могло отмѣнять естественнаго; во вторыхъ, такъ какъ jus naturale потенціально примѣнимо ко всѣмъ людямъ и у всѣхъ народовъ, то отсюда слѣдуетъ, что оно in potentia есть jus gentium; въ третьихъ, такъ какъ jus naturale согласно съ требованіями aequitatis, то отсюда слѣдуетъ, что оно есть jus aequum et bonum. Всѣмъ этимъ признакамъ естественнаго права по всѣмъ законамъ правильнаго мышленія могло принадлежать только спекулятивное и потенціальное значеніе; между тѣмъ римскіе юристы придали имъ зна-

---

практическія послѣдствія ученія юристовъ для положительнаго римскаго права или же они относятся только къ теоретической сторонѣ отождествленія. Но и въ томъ и другомъ случаѣ они для насъ интересны, потому что свидѣтельствуютъ объ отношеніи Фойгта къ результатамъ ученія о jus gentium.

ченіе эмпирическихъ и дѣйствительныхъ. Объ этомъ то обстоятельствѣ Фойгтъ и высказываетъ свое сужденіе: „сдѣлавъ этотъ шагъ", говоритъ онъ, „римскіе юристы навсегда покинули почву закономѣрнаго мышленія и вступили въ такую область, гдѣ человѣческій умъ, лишенный всякаго высшаго порядка, могъ двигаться только въ безграничномъ произволѣ и непослѣдовательности" [253]).

Въ другомъ мѣстѣ, указывая на то, что признаніемъ за признаками естественнаго права значенія эмпирическихъ и дѣйствительныхъ римскіе юристы становились въ противорѣчіе съ реальнымъ состояніемъ права, съ результатами историческаго правообразованія, Фойгтъ замѣчаетъ, что юристы могли бы выйти изъ этого противорѣчія, еслибы они отказались отъ претензіи придавать созданному ими новому понятію о jus gentium значеніе положительнаго права. Но они этого не сдѣлали; они насильственно втискивали спекуляцію и эмпирію въ одно мѣсто, хотѣли установить между ними гармонію, которой въ дѣйствительности несуществовало и которую нельзя даже и представить себѣ. Вслѣдствіе этого теорія часто принуждена была установлять свои положенія совершенно произвольно и вопреки всякимъ правиламъ отказываться отъ умозаключеній изъ своихъ собственныхъ посылокъ. „Такимъ образомъ", заканчиваетъ Фойгтъ, „въ этой научной дѣятельности Гая и его единомышленниковъ мы видимъ образъ самаго печальнаго смѣшенія понятій, смѣшенія, которое, нарушая грубѣйшимъ образомъ зако-

---

[235]) Ук. с. I. стр. 279, 281, 304, 305.

ны формальнаго и матерьяльнаго мышленія, блуждаетъ безъ всякаго высшаго принципа въ области непослѣдовательности или произвола; образъ, который намъ наглядно показываетъ, какъ въ царствѣ мысли одна ошибка незамѣтно все болѣе удаляетъ отъ истины, подобно тому, какъ расходящіяся линіи удаляются другъ отъ друга все на большее разстояніе. Этотъ путь привелъ бы къ совершенному разрушенію исторически даннаго jus gentium, еслибы римскіе юристы во многихъ случаяхъ не отказывались совершенно произвольно отъ послѣдствій, вытекающихъ изъ ихъ собственныхъ догмъ" [254]).

Обратимся къ оцѣнкѣ воззрѣнія Фойгта. Что новаго представляетъ оно для выясненія интересующаго насъ предмета? Критикуя предыдущихъ писателей, мы отмѣчали у всѣхъ у нихъ одинъ общій недостатокъ: опираясь исключительно на опредѣленіе, даваемое общенародному праву Гаемъ, толкуя въ смыслѣ этого опредѣленія всѣ сомнительныя мѣста источниковъ, они утверждаютъ, что всѣ римскіе юристы употребляютъ безразлично выраженія jus gentium и jus naturale для обозначенія одного и того же понятія объ общенародномъ правѣ; такимъ образомъ второй элементъ въ ученіи классическихъ юристовъ, т. е. естественное право, у всѣхъ у нихъ (за исключеніемъ Донелла) лишенъ всякой самостоятельности, теряется въ общенародномъ правѣ. Заслуга Фойгта состоитъ въ томъ, что онъ исправилъ эту ошибку, доказавъ самостоятельность естественнаго права и въ теоретическомъ и въ практиче-

[254]) Ib. стр. 424—426.

скомъ отношеніи. Мы уже сказали выше, что, изслѣдовавши обстоятельно отрывки каждаго отдѣльнаго юриста, содержащіе въ себѣ ученіе о jus gentium, онъ приходитъ къ заключенію, что кромѣ Гая и Ульпіана всѣ остальные юристы различаютъ понятія обоихъ правъ, естественнаго и общенароднаго, и что даже оба только что названные юриста въ нѣкоторыхъ отдѣльныхъ случаяхъ не выдерживаютъ отождествленія. Мы считаемъ это положеніе Фойгта существеннымъ успѣхомъ въ дѣлѣ правильнаго пониманія источниковъ по нашему вопросу; думаемъ только, что это положеніе должно исправить въ томъ отношеніи, что и Ульпіанъ долженъ быть отнесенъ къ числу юристовъ, различающихъ понятія обоихъ правъ: представленное нами въ предыдущей главѣ изложеніе и анализъ источниковъ избавляютъ насъ отъ необходимости доказывать справедливость нашего сужденія. Практическую самостоятельность естественнаго права Фойгтъ доказалъ тѣмъ, что онъ обнаружилъ существованіе его правилъ въ положительномъ римскомъ правѣ внѣ связи съ правомъ общенароднымъ; онъ показалъ, какимъ образомъ юристы наполнили римское право цѣлой массой новыхъ правилъ, добывая ихъ изъ разсмотрѣнія природы лицъ, предметовъ и самыхъ юридическихъ отношеній.

Однако эта двойная заслуга Фойгта не можетъ быть выставляема безъ оговорки. Дѣло въ томъ, что, признавая самостоятельность естественнаго права въ теоретическомъ и въ практическомъ отношеніи, необходимо вслѣдъ затѣмъ разрѣшить два вопроса, а именно: если кромѣ Гая и Ульпіана всѣ остальные юристы различали естественное право отъ общена-

роднаго, то какое значеніе придать тѣмъ сомнительнымъ мѣстамъ источниковъ, гдѣ юристы выражаются такъ неопредѣленно, что нельзя сказать, хотятъ ли они выразить тождество обоихъ правъ или только частичное сходство? При извѣстной точности языка римскихъ юристовъ этотъ вопросъ имѣетъ серьезное значеніе. Затѣмъ, если юристы нетолько въ обширныхъ размѣрахъ проводили jus naturale въ положительное право, но и прямо выставляли естественное право, какъ самостоятельный элементъ положительнаго права, не отождествляя его съ jus gentium, то на какой авторитетъ опирались они при этомъ? Предложить этотъ вопросъ мы имѣемъ полное основаніе въ виду того, что римскіе юристы никогда не вводили въ право новыхъ нормъ, не опирая ихъ на какой нибудь признанный авторитетъ, да и не могли этого дѣлать, такъ какъ не имѣли законодательной власти; сама природа (natura), на которую они обыкновенно ссылались въ подобныхъ случаяхъ, чтобы сдѣлаться авторитетомъ, нуждалась по крайней мѣрѣ въ началѣ въ какомъ нибудь освященіи.

Фойгтъ перваго вопроса не поставилъ совсѣмъ. Мѣста источниковъ, названныя нами сомнительными, онъ совсѣмъ не дѣлаетъ предметомъ самостоятельнаго разсмотрѣнія. Что касается до втораго вопроса, т. е. о томъ, подъ освященіемъ какого авторитета естественное право вошло въ положительное римское право, то онъ можетъ быть удобно разсмотрѣнъ при разборѣ воззрѣній Фойгта на причины отождествленія обоихъ правъ. Къ этому разбору мы теперь и перейдемъ.

Мы разсмотримъ сначала тѣ причины, которыя Фойгтъ называетъ второстепенными. Одна изъ нихъ,

какъ мы видѣли, состоитъ въ стремленіи дать естественному праву реальное основаніе, или, какъ онъ говоритъ въ другомъ приведенномъ выше мѣстѣ, указать въ положительномъ римскомъ правѣ присутствіе естественнаго права. Этого именно юристы и думали достигнуть отождествленіемъ естественнаго права съ общенароднымъ и съ aequitas. Это положеніе, разсматриваемое само по себѣ, можно назвать очень счастливою мыслью, на которой правда слѣдовало бы остановиться съ бо́льшимъ вниманіемъ, чѣмъ это сдѣлалъ Фойгтъ, но которая даетъ вполнѣ серьезное значеніе и оправданіе факту отождествленія и соотвѣтствуетъ практическому характеру классической юриспруденціи. Въ такомъ взглядѣ на отождествленіе можно пожалуй видѣть и отвѣтъ на поставленный нами вопросъ объ авторитетѣ, подъ которымъ естественное право прошло въ римскую юридическую жизнь, хотя Фойгтъ нигдѣ прямо такого вопроса не ставилъ. Но рядомъ съ означенной причиной и, можно сказать, въ неразрывной связи съ ней Фойгтъ ставитъ другую: желаніе юристовъ дать теоретическое основаніе общенародному праву (а также и для aequitas). Чтобы понять все значеніе, которое имѣетъ эта причина въ устахъ Фойгта, надо припомнить тѣ общія мѣста этого писателя, которыя мы привели, излагая его мнѣніе о практическихъ послѣдствіяхъ ученія юристовъ о jus gentium. Общій смыслъ ихъ таковъ, что сочетаніе обоихъ правъ вывело общенародное право изъ его чисто историческаго, исключительно положительнаго существованія, вдохнуло въ него новую жизнь и такимъ образомъ существенно измѣнило его.

Итакъ, отождествленіе имѣетъ своею цѣлію нетолько служить средствомъ реализаціи естественнаго права; оно въ тоже время должно служить для возрожденія общенароднаго права. Совершенно туже мысль о двухъ параллельныхъ дѣйствіяхъ высказываетъ Фойгтъ, говоря о послѣдствіяхъ отождествленія естественнаго права съ jus aequum et bonum:" этому соединенію философскаго и народнаго воззрѣнія мы должны приписать рѣшительнѣйшее вліяніе на оба ученія о jus naturale и jus aequum et bonum. Между тѣмъ какъ aequitas вслѣдствіе этого получаетъ высшее и научное основаніе и вмѣстѣ съ тѣмъ болѣе совершенное оправданіе своего существованія, въ тоже время и jus naturale пріобрѣтаетъ вслѣдствіе того же твердое положеніе, ибо оно, будучи пересажено въ юридическое созерцаніе всей націи, пускаетъ на этой почвѣ мощные корни и, распространяясь широко, соединяется тѣснѣйшимъ образомъ съ народнымъ духомъ" [255]).

Мы думаемъ, что Фойгтъ такого рода сопоставленіемъ причинъ значительно умалилъ свою заслугу въ дѣлѣ объясненія факта отождествленія, ибо такимъ образомъ правообразовательный процессъ, совершавшійся подъ руками классическихъ юристовъ, потерялъ всякій опредѣленный смыслъ: элементы положительнаго права поднимаются на высшую ступень существованія, а теоретическое естественное право проникается положительными элементами, и оба остаются существовать рядомъ, существенно не различаясь и въ тоже время не будучи однимъ и тѣмъ же. Мы не можемъ допустить, чтобы классическая юриспруден-

---

[255]) Ук. соч. I. стр. 471.

ція страдала такою неопредѣленностью направленія; противъ этого говоритъ весь ея ясный характеръ, и мы надѣемся въ слѣдующей главѣ показать, что дѣйствительно у классическихъ юристовъ была только одна цѣль и притомъ очень опредѣленная. Фойгтъ былъ очень недалекъ отъ истины; онъ очень легко могъ исправить свою ошибку; но онъ этого не сдѣлалъ.

Но, кромѣ этой ошибки, Фойгта слѣдуетъ упрекнуть въ томъ, что онъ, отодвинувъ на заднiй планъ единственно истинную причину отождествленія, именно стремленіе реализировать естественное право, на первый планъ поставилъ причину, въ дѣйствительности вовсе не существовавшую. Главная причина отождествленія, по его мнѣнію, заключалась въ стремленіи юристовъ расширить общенародное право насчетъ цивильнаго. Но спрашивается: какое общенародное право хотѣли они расширять? Если Фойгтъ думаетъ, что они хотѣли къ историческому, образовавшемуся до классическихъ юристовъ общенародному праву причислить всѣ цивильныя правила и институты, согласные съ естественнымъ разумомъ, то въ подтвержденіе этой мысли Фойгтъ не привелъ ни одного безспорнаго факта: опека, на которую онъ ссылается въ одномъ мѣстѣ, никѣмъ изъ юристовъ не причисляется къ общенародному праву, не исключая и Гая. Напротивъ самъ Фойгтъ прямо говоритъ, что многія правила наслѣдственнаго права (Sc. Orphitianum, Tertullianum, Edict. Unde liberi и др.), согласныя съ естественнымъ разумомъ, никогда не были причисляемы къ общенародному праву. Если же онъ хочетъ сказать, что юристы стремились дать господство тому общенародному пра-

ву, понятіе котораго даетъ Гай въ своемъ опредѣленіи, то это, говоря другими словами, значитъ, что юристы стремились доставить господство въ юридической жизни Рима естественному праву. Противъ этого мы бы ничего не могли возразить; но давать словамъ Фойгта такое толкованіе не имѣемъ права, ибо ничто не мѣшало ему выразить свою мысль такъ же прямо, какъ это сдѣлали мы. Такимъ образомъ обстоятельство, которое Фойгтъ считаетъ главной причиной отождествленія, на самомъ дѣлѣ вовсе не существовало.

Переходимъ, наконецъ, къ разсмотрѣнію взглядовъ Фойгта на практическія послѣдствія отождествленія. Выше уже было указано на неопредѣленность этихъ взглядовъ. Въ виду этого мы принуждены разбирать каждое изъ его сужденій отдѣльно. Одно изъ нихъ, какъ мы видѣли, заключаетъ въ себѣ рѣзкое порицаніе отождествленія, какъ грубаго и полнаго печальныхъ послѣдствій нарушенія законовъ формальнаго и матерьяльнаго мышленія. Но спрашивается: что могло вызвать Фойгта на такое рѣзкое осужденіе? Если онъ думаетъ, что ошибки юристовъ выразились въ какихъ нибудь практически вредныхъ результатахъ, то онъ этого нигдѣ не показываетъ, да и не могъ бы показать. Если же его огорчаютъ ихъ ошибки, какъ теоретическія только, то его жалобы показываютъ, что онъ прилагалъ къ классическимъ юристамъ совершенно ненадлежащую мѣрку. Фойгтъ ожидалъ, что они будутъ подвергать самостоятельному изслѣдованію отвлеченные вопросы о существѣ права, о его конечномъ матерьяльномъ источникѣ, о конечной причинѣ обязательности дѣйствующаго

права и т. п., забывая при этомъ и естественное для того времени несовершенство научныхъ пріемовъ и преимущественно практическое направленіе всей дѣятельности юристовъ. Римскій юристъ прежде всего руководился тонко развитымъ юридическимъ инстинктомъ, и этотъ инстинктъ очень вѣрно велъ его къ достиженію практическихъ результатовъ. Теоретическія ошибки понятно были при этомъ очень возможны; но такъ какъ не теоретическія соображенія руководили главнымъ образомъ юристомъ, то ошибки его въ этомъ направленіи не могли имѣть существеннаго значенія. Поэтому выраженія Фойгта въ родѣ того, что сочиненія Гая или Ульпіана представляютъ самое печальное смѣшеніе понятій, грубое нарушеніе законовъ мышленія, блужданіе въ области безконечнаго произвола и непослѣдовательности и т. п., являются ничего незначащими фразами.

Другое воззрѣніе Фойгта, противуположное только что разобранному, содержитъ въ себѣ нѣкоторую долю истины. Мы считаемъ возможнымъ, что нѣкоторыя правила естественнаго права, какъ pseudo-jus gentium, были перенесены въ положительное римское право, хотя примѣры, приводимые Фойгтомъ (condictio и нѣкоторые способы пріобрѣтенія собственности), и неубѣдительны, такъ какъ намъ подлинно неизвѣстно, откуда возникли указываемые имъ институты. Но Фойгтъ находитъ, что отождествленіе имѣло еще и другое практическое послѣдствіе: общенародное право будто бы возродилось къ новой, высшей жизни. Выше, разбирая приведенныя Фойгтомъ причины отождествленія, мы уже отчасти высказали свое мнѣніе объ этомъ предметѣ. Мы сказали, что не можемъ признать

въ мотивахъ, руководившихъ юристами, неопредѣленной двойственности, что ими руководило только одно стремленіе. Если это справедливо (доказательство остается пока за нами), то и результатъ долженъ быть единый. Мы согласны съ Фойгтомъ, что юристы стремились путемъ отождествленія достичь реализаціи естественнаго права: реализацію этого права мы только и признаемъ за практическій результатъ отождествленія. Стремленія къ возрожденію общенароднаго права, по нашему мнѣнію, не было, и потому не могло быть и никакихъ результатовъ въ этомъ родѣ. Замѣтимъ, что Фойгтъ, кромѣ общихъ мѣстъ, ничего не привелъ въ доказательство своего мнѣнія.

ГЛАВА V.

Наше воззрѣніе на ученіе классическихъ юристовъ объ общенародномъ правѣ.

Въ предшествующей главѣ мы разсмотрѣли, что̀ было сдѣлано въ наукѣ для объясненія теоріи классическихъ юристовъ объ общенародномъ правѣ и въ какихъ пунктахъ эта теорія осталась необъясненною. Теперь мы попытаемся, сохраняя прочные результаты предшественниковъ, пополнить оставленные ими пробѣлы. Приступая къ истолкованію нашихъ источниковъ, мы принимаемъ за руководство туже самую мысль, которой мы держались при изложеніи отдѣльныхъ элементовъ ученія юристовъ, т. е., что положительнымъ правомъ мы можемъ считать только тѣ правила, которыя дѣйствительно прилагались въ жизни, и что поэтому слова юристовъ имѣютъ для насъ существенный интересъ лишь постольку, поскольку они служатъ выраженіемъ дѣйствительной юридической жизни. Это послѣднее положеніе въ примѣненіи къ нашей настоящей цѣли можетъ быть выражено такимъ образомъ: мы должны прилагать къ ученію юристовъ не одну только формально-логическую мѣрку,

но въ тоже время искать и тѣ матерьяльные интересы, для защиты которыхъ выдвинуто было ученіе. Мы не должны довольствоваться тѣмъ, что откроемъ чисто теоретическія погрѣшности въ ученіи, въ особенности если эти погрѣшности, несмотря на ихъ грубость, упорно удерживаются юристами. Напротивъ, они должны служить намъ указаніемъ, гдѣ слѣдуетъ искать тѣ скрытыя внутреннія силы, которыя вызвали ученіе.

Руководясь этими мыслями, мы должны снова возвратиться къ элементамъ ученія о jus gentium. Но прежде мы разсматривали каждый изъ этихъ элементовъ отдѣльно, самъ по себѣ; теперь же мы сравнимъ ихъ между собою, опредѣлимъ ихъ относительную важность для юридическаго быта въ періодъ классической юриспруденціи. Такимъ путемъ мы думаемъ отыскать ключъ къ объясненію ученія классическихъ юристовъ во всѣхъ его видоизмѣненіяхъ.

Начнемъ съ общенароднаго права. Вполнѣ признавая его практическую важность въ настоящемъ періодѣ, какъ нормы для отношеній перегриновъ, мы тѣмъ не менѣе думаемъ, что это право, въ его первоначальномъ значеніи массы практическихъ правилъ съ спеціальнымъ назначеніемъ прилагаться къ перегринамъ, не имѣло самостоятельнаго интереса въ глазахъ классическихъ юристовъ и потому не могло быть предметомъ ихъ изученія съ цѣлью создать для него особую теорію. Такое мнѣніе мы основываемъ на слѣдующихъ фактахъ. Прежде всего кругъ лицъ, для которыхъ общенародное право было вызвано на свѣтъ, съуживался очень быстро: число перегриновъ быстро уменьшалось, ибо очень быстро увеличивалось число римскихъ гражданъ. Извѣстно, что вся Италія

? ?

получила право римскаго гражданства еще во времена республики. Цезарь далъ это право транспаданской Галліи. При Августѣ уже была поднимаема (Меценатомъ) мысль о распространеніи его на всѣхъ подданныхъ Римской имперіи; правда, что она не была осуществлена; но уже одно появленіе ея среди приближенныхъ императора должно было колебать самостоятельное значеніе общенароднаго права[256]. Гальба, Отонъ, Вителлій, Веспасіанъ во время борьбы за престолъ послѣ смерти Нерона роздали право римскаго гражданства огромному количеству провинціаловъ (даже цѣлымъ отрядамъ войскъ) за оказанную имъ поддержку[257]. Траянъ далъ его многимъ испанскимъ городамъ. Антонинъ Благочестивый раздавалъ его такъ щедро, что получилъ прозваніе распространителя гражданъ (ampliator civium). Объ образѣ дѣйствій Марка Аврелія можно судить по рѣчи греческаго оратора, Аристида, обращенной къ императору и его соправителю Веру: „всѣ магистратуры", говоритъ Аристидъ, „открыты для всѣхъ жителей имперіи; кто достоинъ исполнять какую нибудь общественную должность, тотъ уже не считается иностранцемъ. Римъ находится уже не въ Римѣ, а во всемъ римскомъ мірѣ. Древнее различіе между Греками и варварами уничтожено; нѣтъ болѣе разницы между Европой и Азіей; есть только Римляне и не Римляне"[258]. При Антонинахъ достаточно было вступить въ легіонъ, чтобы сдѣлаться римскимъ гражданиномъ[259]. О лег-

---

256) Laurent—Études sur l'histoire de l'humanité III. стр. 282—285.
257) Thierry—Tableau de l'empire romain. стр. 149.
258) Laurent указ. соч. стр. 286—288.
259) Thierry указ. соч. стр. 164.

кости, съ которою получалось гражданство, можно судить по существовавшей въ то время поговоркѣ, что за кусочекъ стекла можно сдѣлаться гражданиномъ [260]).

Благодаря всѣмъ этимъ обстоятельствамъ, римское гражданство распространилось по обширной римской имперіи въ такой степени, что конституція Каракаллы, объявившая гражданами всѣхъ римскихъ подданныхъ, не произвела на тогдашній міръ сильнаго впечатлѣнія: она только докончила дѣло, которое въ значительнѣйшей своей части было совершено ранѣе.

Затѣмъ была и еще одна причина, по которой общенародное право не имѣло самостоятельнаго интереса для классическихъ юристовъ: оно не соотвѣтствовало высокимъ требованіямъ классической юриспруденціи. Мы не хотимъ этимъ сказать, что большинство его правилъ, подобно цивильному праву, далеко отстало отъ духа новаго времени. Но, во первыхъ, общенародное право представляло массу довольно разнородныхъ правилъ и институтовъ, иногда строго формалистическихъ (напр. литеральные контракты); во вторыхъ, оно не составляло такой системы, которая по своимъ принципамъ была бы способна быстро рождать новыя нормы; число правилъ его было опредѣлено; оно могло увеличиваться тѣмъ медленнымъ путемъ, какимъ сложилось все общенародное право. Между тѣмъ римская юридическая наука (или вѣрнѣе — искусство) достигло такой высоты, что гармонія, стройность, какъ всей системы права, такъ и отдѣльныхъ институтовъ, сдѣлалась практической потребностью классиче-

[260]) Laurent. ук. с. стр. 303.

скихъ юристовъ; кто читалъ сочиненія этихъ послѣднихъ, тотъ знаетъ, какое немаловажное значеніе при разрѣшеніи юридическихъ вопросовъ играло у нихъ условіе изящества (elegantia [261]). Что же касается до недостаточной производительности общенароднаго права, то она могла быть замѣчаема еще легче и ощущаема еще сильнѣе юристами, такъ какъ жизнь объединявшейся римской имперіи создавала все новыя и сложныя отношенія, для которыхъ нужны были и новыя юридическія нормы.

Далѣе, о сокращеніи жизненной силы общенароднаго права, вслѣдствіе чего конечно долженъ былъ уменьшаться и интересъ къ нему, можно судить и потому, что ко времени классическихъ юристовъ прекратилъ свою дѣятельность одинъ изъ главнѣйшихъ органовъ этого права,—эдиктъ претора перегриновъ. какъ извѣстно, при императорѣ Адріанѣ эдикты всѣхъ видовъ получили окончательную редакцію, послѣ чего ихъ правообразовательная функція прекратилась.

Наконецъ ослабленіе практическаго значенія общенароднаго права, а вмѣстѣ съ тѣмъ и интереса къ нему, можно видѣть изъ того, что классическіе юристы употребляютъ выраженіе „jus gentium" для обозначенія понятій, чуждыхъ первоначальному, истинному значенію общенароднаго права. Такъ, напримѣръ, неизвѣстный юристъ, котораго отрывокъ помѣщенъ въ Институціяхъ Юстиніана, установленіе войнъ приписываетъ общенародному праву наравнѣ съ различ-

261) Ср. Maine L'ancien droit. стр. 76: «римскихъ юристовъ воодушевлялъ... вкусъ къ простотѣ и гармоніи, или, какъ они говорили, къ изяществу».

ными контрактами [262]). Гермогеніанъ приписываетъ ему нетолько установленіе войнъ, но и почти всѣхъ основныхъ учрежденій общественной жизни: „благодаря общенародному праву", говоритъ онъ, „появились войны, раздѣлились племена, образовались государства, стали различать собственность, обвели земли межами, построили зданія, установлена была торговля, купля и продажа, наемъ, обязательства, за исключеніемъ немногихъ, которыя введены цивильнымъ правомъ" [263]). Другіе юристы употребляютъ выраженіе „jus gentium" для обозначенія нѣкоторыхъ юридическихъ свойствъ вещи; такъ, Марціанъ, разсуждая о вещахъ, принадлежащихъ всѣмъ людямъ (omnium communia), и причисляя къ нимъ между прочимъ море и его берега, говоритъ, что до строеній, находящихся на морскомъ берегу, не дозволяется прикасаться всякому, ибо они не принадлежатъ, подобно морю, къ общенародному праву (quia non sunt juris gentium, sicut et mare [264]). Гай, говоря о рѣкѣ, перемѣнившей свое теченіе, замѣчаетъ, что новое русло ея подчиняется тѣмъ же юридическимъ опредѣленіямъ, какъ и самая рѣка, т. е. становится публичнымъ, принадлежащимъ къ общенародному праву [265]). Точно также Па-

---

262) I. 1, 2. § 2.

263) D. 1, 1. fr. 5.

264) D. 1, 8. fr. 2. 4. pr.

265) D. 41, 1. fr. 7. § 5: novus autem alveus ejus juris esse incipit, cujus et ipsum flumen, id est publicus juris gentium. — Публичными въ строгомъ смыслѣ слова называются вещи, принадлежащія государству, но предоставленныя въ общее пользованіе. Ср. напр. J. 2, 1. § 2.

пиніанъ называетъ морскіе берега и рѣку мѣстами публичными, принадлежащими къ общенародному праву (loca juris gentium publica [266]). Гай называетъ публичнымъ на основаніи общенароднаго права — право пользованія рѣкой и ея берегами [267]). Очевидно, что право общенародное, опредѣлявшее отношенія свободныхъ людей, находившихся на римской территоріи, не могло давать опредѣленій ни для международныхъ отношеній во время войны, ни относительно вещей, принадлежащихъ всѣмъ людямъ вообще (не тѣмъ только, которые находятся на римской территоріи), еще менѣе относительно вещей, принадлежащихъ одному государству, или относительно пользованія такими вещами. Если же классическіе юристы приписываютъ ему такія опредѣленія, то это можно объяснить только упадкомъ его практическаго значенія: живая дѣйствительность перестала напоминать объ истинномъ значеніи общенароднаго права, вслѣдствіе чего юристы стали толковать выраженіе „jus gentium" на основаніи его этимологіи; а это основаніе давало мѣсто для многихъ толкованій.

Итакъ, всѣ четыре приведенные факта, по нашему мнѣнію, свидѣтельствуютъ, что общенародное право не могло представлять самостоятельнаго интереса для римскихъ юристовъ. Конечно оно могло представлять самостоятельный интересъ для историческаго изслѣдованія; но римскіе юристы этимъ не занимались; они были чистые практики. Отсюда мы можемъ

---

266) D. 41, 3. fr. 45. pr.
267) D. 1, 8. fr. 5. pr.

заключить, что не общенародное право было главнымъ предметомъ, на который они направляли свои усилія, установляя ученіе о jus gentium. Напрасно думаетъ Фойгтъ, что юристы хотѣли вдохнуть въ него новую жизнь. Они обладали слишкомъ тонкимъ юридическимъ тактомъ, чтобы не понять, что такое желаніе было бы похоже на желаніе возвратить жизнь хладѣющему трупу. — Послѣ такого заключенія наше вниманіе естественно обращается ко второму элементу ученія, къ естественному праву.

Во второй главѣ мы старались доказать, что теорія естественнаго права, сообразно съ значеніемъ стоической этики вообще для нравственной жизни римскаго общества, должна была обратиться изъ отвлеченнаго ученія въ искреннее вѣрованіе юристовъ и вслѣдствіе этого сдѣлаться практическою силою, стремившеюся реализироваться, превратиться изъ философскаго ученія въ положительное право. Теперь мы должны опредѣлить, благопріятствовали ли этому стремленію внѣшнія условія римскаго юридическаго быта. Сравнивая имѣющій получиться отсюда результатъ съ тѣмъ заключеніемъ, къ которому мы пришли относительно общенароднаго права, мы отыщемъ точку зрѣнія, съ которой можно будетъ объяснить всѣ существенные пункты ученія о jus gentium.

Первый внѣшній и очень крупный фактъ, на который мы должны обратить вниманіе, есть тотъ, что вся исторія римской имперіи представляетъ отчасти безсознательное, отчасти сознательное стремленіе ко всестороннему объединенію ея составныхъ частей. Первый шагъ на этомъ пути былъ сдѣланъ самими Римлянами еще во времена республики. Въ своихъ безчис-

ленныхъ походахъ въ самыхъ разнообразныхъ направленіяхъ Римляне имѣли много случаевъ убѣдиться, что между ними и прочими народами есть много общаго, что должно было значительно смягчить ихъ прежнюю національную исключительность. Въ высшемъ, образованномъ классѣ римскаго общества этотъ результатъ усилился подъ вліяніемъ космополитическихъ идей греческой философіи; а въ низшемъ классѣ тоже самое произошло по другой причинѣ: по мѣрѣ того, какъ Римляне присоединяли къ себѣ одну страну за другой, въ ихъ городъ все изобильнѣе притекали массы иностранцевъ въ качествѣ свободныхъ или рабовъ; эти массы постепенно смѣшивались съ Римлянами и такимъ образомъ разжижали ихъ національность и ослабляли ея особенности [268]). Позднѣе, въ имперіи, отчасти по этой же причинѣ, отчасти вслѣдствіе казней и конфискацій императоровъ, и аристократическій классъ не поднималъ уже своей головы надъ массой простонародья и иностранцевъ и представители знатныхъ фамилій не считали для себя унизительнымъ наниматься кучерами въ циркъ, а благородныя матроны добровольно вносили свои имена въ списки проститутокъ [269]).

. Ослабляясь въ центрѣ, римская нація перенесла элементы своей цивилизаціи почти на всѣ страны, входившія въ составъ Римской имперіи. Исключеніе составляютъ только гелленскія племена и Египетъ. За то вся западная часть Римской имперіи и Африканскія владѣнія романизировались въ очень сильной

268) Mommsen Röm. Gesch. II. стр. 409.

269) A. Thierry—Tableau de l'empire romain. стр. 166.

степени. Какъ далеко зашла ихъ романизація, мы можемъ судить по судьбамъ римской литературы во время имперіи. Римскіе поэты, ораторы, историки и ученые по другимъ отраслямъ, начиная съ 1-го вѣка имперіи, принадлежатъ не къ италійскому племени; господство въ этой области поочередно переходитъ къ Испанцамъ, Африканцамъ и Галламъ. Эти страны до такой степени проникались духомъ римской цивилизаціи и такъ глубоко усвоивали себѣ латинскій языкъ, что могли съ честью сдѣлаться преемниками писателей августова времени [270]). Даже въ самой національной части римской литературы, въ юриспруденціи, подвизались не одни чистокровные Римляне: Сальвій Юліанъ, редакторъ эдикта при Адріанѣ, былъ родомъ изъ Африки, Папиніанъ и Ульпіанъ—изъ Финикіи [271]).

Но такое равноправное положеніе національностей не было достояніемъ одной только области литературы. Правительственный классъ былъ переполненъ чужестранцами. На императорскомъ тронѣ мы видимъ и Испанцевъ и Африканцевъ и Галловъ. Войско, сенатъ, школы и многія другія учрежденія также были переполнены дѣятелями не римскаго происхожденія [272]).

Въ параллель этому соціальному объединенію, отчасти опираясь на него, отчасти помогая ему, идетъ

---

[270]) См. объ этомъ Thierry Tableau стр. 203—252.

[271]) Zimmern — Geschichte des Röm. Privatrechts I. стр. 336, 368. Bremer — Die Rechtslehrer und Rechtsschulen. 1868. стр. 88 слѣд. Thierry ук. соч. стр. 231. Относительно происхожденія Папиніана впрочемъ не всѣ согласны. Zimmern l. c. стр. 362.

[272]) Thierry Tableau стр. 148, 149.

объединеніе политическое и административное. Мы укажемъ только на болѣе крупные факты. Всѣ стороны верховной власти, нѣкогда распредѣленныя между нѣсколькими республиканскими органами, сводятся на одного императора: онъ соединяетъ въ себѣ всѣ магистратскія должности; народныя собранія при Тиберіи прекращаются; ихъ функція переходитъ къ Сенату, который также постепенно становится безусловно послушнымъ императору. Всѣ части имперіи уравниваются въ своихъ отношеніяхъ къ верховной власти; сначала это проявляется только фактически: при оказаніи помощи въ случаѣ обществественныхъ бѣдствій, въ украшеніи городовъ, въ оказаніи милости и во многихъ другихъ случаяхъ императоры старались показывать, что они не дѣлаютъ различія между Италіей и провинціями [273]. Юридически эта равноправность была утверждена конституціей Каракаллы, признавшей римскими гражданами всѣхъ подданныхъ имперіи.

Административное объединеніе, начатое еще Августомъ, было окончено при Діоклетіанѣ и Константинѣ Вел. [274]. Всѣ важныя обще-государственныя дѣла сосредоточивались въ Консисторіи императора. Вся имперія подверглась одинаковому административному дѣленію (извѣстное дѣленіе на префектуры, діоцезы и провинціи). Всѣ города, за исключеніемъ Рима и Константинополя, получили одинаковое устройство. Все населеніе имперіи, вмѣсто прежнихъ національныхъ и политическихъ группъ, распредѣляется въ классы, всюду различаемые по оди-

---

[273]) См. напр. Thierry Tableau стр. 127, 158—160, 174.
[274]) См. объ эт. Thierry I. стр. 184—202.

наковымъ признакамъ. Такъ напр. аристократическіе слои во всѣхъ странахъ составляютъ правительственный классъ: въ городахъ они замѣщаютъ должности декуріоновъ, въ провинціяхъ служатъ ассессорами въ совѣтѣ правителя провинціи, въ столицахъ занимаютъ мѣста сенаторовъ [275]) и пр. Низшіе слои городскаго общества группируются въ различныя корпораціи, смотря по роду ихъ занятій [276]). Сельскіе жители большею частью были обращены въ полусвободныхъ колоновъ [277]).

Наконецъ, и въ области религіи замѣчается тоже стремленіе къ объединенію [278]). Сначала оно выразилось въ томъ, что Римляне стали присоединять къ своему національному культу боговъ всякой страны, присоединявшейся къ ихъ государству, стараясь вѣрить, что эти боги были тѣ же самые, что̀ и у нихъ, только подъ другими именами. Но такое механическое разрѣшеніе вопроса только еще болѣе подорвало кредитъ положительныхъ языческихъ религій, которыя и безъ того уже перестали удовлетворять умы древняго общества. Тогда философія попыталась дать этому обществу новое средство установить такую религіозно-нравственную догму, которая могла бы годиться для всѣхъ. Ученія стоиковъ и въ особенности неоплатониковъ нашли себѣ многочисленныхъ послѣдователей. Но, несмотря на свою многочисленность, они все-таки составляли незначи-

---

275) Walter Gesch. d. R. R. I. § 372.
276) Ib. § 420.
277) Ib. § 422.
278) См. Thierry Tableau стр. 317—345.

тельное меньшинство въ сравненіи съ тою массой, которая не могла примкнуть къ этимъ ученіямъ, потому что не понимала ихъ. Только въ христіанствѣ наконецъ древнее общество нашло желанное религіозное единство. Но для насъ важны и обѣ предшествовавшія попытки, ибо они обнаруживаютъ стремленіе къ этому единству.

Итакъ, въ соціальной, политической, административной и религіозной области существовало стремленіе къ объединенію составныхъ частей Римской имперіи. Мы не имѣемъ никакого основанія предполагать, чтобы этого стремленія не было въ области права. Для государства единство въ правѣ было почти также важно, какъ въ административной и политической области. Эта потребность въ единствѣ права конечно до нѣкоторой степени могла быть удовлетворена при помощи общенароднаго права, которое, какъ таковое, могло быть примѣняемо и безъ сомнѣнія примѣнялось не въ одномъ только Римѣ, но и въ провинціяхъ [279]. Но его было недостаточно. Во первыхъ, jus gentium главнымъ образомъ регулировало только отношенія собственности и обязательствъ; семейственныхъ и наслѣдственныхъ отношеній оно почти не коснулось, что объясняется его происхожденіемъ: мы видѣли, что оно было вызвано потребностями всемірнаго торговаго оборота въ Римѣ. Во вторыхъ жизнь шла впередъ, создавала новыя отношенія, для которыхъ въ jus gentium не было правилъ. Такимъ образомъ для удовлетворенія потребности въ единомъ правѣ, общемъ всей многочисленной семьѣ народовъ Римской имперіи,

[279]) См. Voigt. Jus naturale etc. II. §§ 51—58.

надо было создать новую систему, болѣе полную и болѣе гибкую, сообразно съ утонченностью отношеній того времени. Если мы припомнимъ, что въ это самое время въ сословіи юристовъ и въ образованныхъ и часто вліятельныхъ кругахъ римскаго общества было очень распространено вѣрованіе въ естественное право, признававшее единство человѣчества и опредѣлявшее отношенія согласно съ природою, то мы легко придемъ къ тому заключенію, что признаніе естественнаго права за положительное, благодаря объединительному стремленію, становилось болѣе возможнымъ.

Переходимъ къ разсмотрѣнію другаго внѣшняго факта. Желаніе реализировать естественное право и настоятельная потребность въ этомъ для юридическаго быта могли быть очень сильны, но такая реализація представляла особаго рода затрудненія, одолѣть которыя не всегда возможно даже при самомъ горячемъ желаніи.

Съ точки зрѣнія современнаго юридическаго быта даже самыхъ цивилизованныхъ государствъ могло бы показаться дѣломъ весьма опаснымъ поставленіе всего юридическаго порядка въ зависимость отъ субъективнаго воззрѣнія отдѣльныхъ лицъ на то, что должно считать за право. Мы говоримъ о „субъективномъ воззрѣніи“ потому, что естественное право, какъ предписаніе естественнаго разума, не существуетъ въ объективныхъ, для всѣхъ одинаково доступныхъ формахъ, подобно праву положительному; оно можетъ быть познаваемо только при помощи разума отдѣльныхъ лицъ. При этомъ конечно возможны нетолько непроизвольныя ошибки, но и умышленныя злоупо-

требленія субъективностью масштаба. Возможность такихъ ошибокъ и злоупотребленій можетъ быть больше или меньше, смотря потому, кому предоставлена власть установлять правила естественнаго права. Въ современныхъ цивилизованныхъ государствахъ, сколько намъ извѣстно, нѣтъ ни отдѣльныхъ лицъ, ни цѣлыхъ сословій, которыя бы пользовались столь высокимъ довѣріемъ своего общества и правительства, чтобы имъ могла быть предоставлена эта власть.

Но въ древнемъ Римѣ состояніе юридическаго быта было иное. Тамъ было сословіе юристовъ, которое обладало высокими достоинствами и пользовалось безусловнымъ довѣріемъ общества. Мы укажемъ, въ чемъ заключались ихъ достоинства и въ чемъ выражалось довѣріе къ нимъ. Но, чтобы понять всю высоту и солидность ихъ авторитета, надо обратить вниманіе на предшествующую исторію сословія юристовъ въ Римѣ. Эта исторія показываетъ, что безпримѣрно высокій авторитетъ классическихъ юристовъ создался не вдругъ; онъ подготовлялся всею предшествующею жизнью римскаго народа. Чтобы убѣдить въ этомъ читателя, мы укажемъ на нѣкоторые существенные факты.

Участіе юристовъ въ созданіи права мы встрѣчаемъ въ очень широкихъ размѣрахъ во всѣ періоды римской исторіи, по крайней мѣрѣ по отношенію къ гражданскому праву, о которомъ идетъ рѣчь во всей нашей книгѣ. Такъ въ древнѣйшее время право развивалось, главнымъ образомъ благодаря жрецамъ-юристамъ. Interpretatio XII tabularum есть также ихъ дѣло. Редакція преторскаго эдикта совершалась при

ихъ участіи. Все общенародное право было создано, какъ мы видѣли въ 1-й главѣ, главнымъ образомъ ихъ трудами. Вообще регулированіе всего гражданскаго оборота находилось въ ихъ рукахъ. „Мелкій землевладѣлецъ", говоритъ Ничъ, „бережливый и жадный на пріобрѣтеніе, нетолько нуждался въ юридическомъ совѣтѣ, но консультація была для него душекрѣпительнымъ занятіемъ. Поэтому невозможно измѣрить всей важности вліянія респондентовъ на характеръ римскихъ поселянъ, т. е. на общественное устройство. Поселянинъ не выдавалъ дочери замужъ, не продавалъ югера земли, не заключалъ займа, не посовѣтовавшись предварительно съ своими юридическими друзьями (juristische Freundschaft) въ какомъ нибудь сенаторскомъ домѣ" [280]).

Роль юристовъ въ образованіи права и довѣріе къ нимъ римскаго республиканскаго общества будутъ намъ понятны, если мы обратимъ вниманіе на тѣ высокія качества, которыми долженъ былъ обладать римскій гражданинъ чтобы сдѣлаться юрисконсультомъ. Въ древнѣйшее время, когда знаніе и приложеніе права было принадлежностью жреческаго званія, жрецами, а слѣдовательно и юристами, были исключительно патриціи. Привилегированное положеніе этихъ послѣднихъ должно было естественно отразиться и на званіи юриста [281]). Затѣмъ, когда право уже секуляризировалось, для того, чтобы быть юрисконсультомъ, требовалось не одно только теоретическое знакомство съ правомъ. Юрисконсультъ долженъ

---

280) Cit. y Kuntze Excurse стр. 189.

281) Ortolan Explication historique des Instituts. 1870. т. I. стр. 197.

былъ занимать высокое общественное положеніе, которое пріобрѣталось предшествовавшей многолѣтней государственной дѣятельностью, а часто кромѣ того и знатностью происхожденія. Прежде, чѣмъ претендовать на положеніе юрисконсульта, римскій гражданинъ долженъ былъ пройти цѣлый рядъ магистратскихъ должностей, прослужить квесторомъ, трибуномъ, эдиломъ, преторомъ, консуломъ. Въ этой многолѣтней и многосторонней дѣятельности онъ знакомился съ правомъ не только по формуламъ, но въ самой его жизненной функціи, знакомился лично съ потребностями общественной и частной жизни, усвоивалъ себѣ техническую сторону права и вмѣстѣ съ тѣмъ получалъ полную возможность обнаружить передъ народомъ и свои дарованія и опытность и свое нравственное достоинство. Онъ долженъ былъ показать себя народу нетолько тонкимъ дѣльцомъ, но и человѣкомъ высокаго гражданскаго мужества, неподкупной честности, способнымъ устремлять свой взоръ на существо дѣла, не уклоняясь въ сторону подъ вліяніемъ посторонних интересовъ. Такой гражданинъ, уже убѣленный сѣдинами и окруженный ореоломъ своего славнаго прошлаго, могъ спокойно думать о приближеніи старости, не опасаясь зачахнуть отъ бездѣятельности среди всеобщаго забвенія: народъ ежедневно будетъ толпиться у его дверей, чтобы спросить его совѣта; для магистратовъ и судей его слово будетъ съ силою. Только такой гражданинъ могъ претендовать на положеніе юрисконсульта [282]).

---

[282]) См. напр. очеркъ юриспруденціи во вр. республики у Puchta Inst. I. §§ 76—78. Kuntze Cursus des R. R. § 184—187. Excurse стр.

Теперь намъ будутъ понятнѣе и высокія достоинства юристовъ временъ имперіи и высокое довѣріе къ нимъ общества. Имперія, принявъ въ наслѣдство отъ республики уже сложившееся сословіе юристовъ, обладавшихъ описанными качествами, нетолько не расточила этого наслѣдства, но еще пріумножила. Подъ пріумноженіемъ мы разумѣемъ не дарованіе многимъ изъ нихъ jus respondendi, а ихъ высшее научное и нравственное достоинство. Юристы временъ имперіи довели до высшей степени свою чуткость къ потребностямъ гражданскаго оборота, къ различенію самыхъ тонкихъ оттѣнковъ въ юридическихъ отношеніяхъ стремясь дать праву наивозможную гибкость, наивозможное соотвѣтствіе жизненнымъ потребностямъ, они охватывали своимъ духовнымъ взоромъ всѣ сто-

---

189 — 193. Описанное нами высокое положеніе римскаго юриста отражается въ слѣдующихъ словахъ Цицерона. De oratore. I. 45: Iam vero ipsa (sc. juris civilis cognitio) per sese quantum afferat iis, qui ei praesunt, honoris, gratiae, dignitatis, quis ignorat? Itaque, ut apud graecos infimi homines, mercedula adducti, ministros se praebent in judiciis oratoribus, ii, qui apud illos πραγματικοί vocantur: sic in nostra civitate contra amplissimus quisque et clarissimus vir..... Senectuti vero celebrandae et ornandae quod honestius potest esse perfugium, quam juris interpretatio? Equidem mihi hoc subsidium jam inde ab adolescentia comparavi, non solum ad causarum usum forensem; sed etiam ad decus atque ornamentum senectutis, ut, quum me vires... deficere coepissent, ista ab solitudine domum meam vindicarem. Quid est enim praeclarius, quam honoribus et rei publicae muneribus perfunctum senem posse suo jure dicere idem, quod apud Ennium dicat ille Pythius Apollo, se esse eum, unde sibi, si non populi et reges, at omnes sui cives consilium expetant...... Est enim sine dubio domus jurisconsulti totius oraculum civitatis. Testis est hujusce Q. Mucii janua et vestibulum, quod in ejus infirmissima valetudine, affectaque jam aetate, maxima quotidie frequentia civium, ac summorum hominum splendore celebratur.

роны человѣческой жизни, чтобы какимъ нибудь неудачнымъ юридическимъ правиломъ не нарушить равновѣсія жизни.

Классическіе юристы, или по крайней мѣрѣ лучшіе изъ нихъ, сами сознавали эту широту своей задачи. Одинъ изъ корифеевъ римской юриспруденціи, Ульпіанъ, такъ опредѣляетъ науку права: „юриспруденція есть знаніе вещей божескихъ и человѣческихъ, наука о справедливомъ и несправедливомъ“ [283]). Въ этихъ самыхъ выраженіяхъ стоики опредѣляли понятіе философіи [284]). Не будемъ слишкомъ удивляться такому расширенію области юриспруденціи и не будемъ смотрѣть на опредѣленіе Ульпіана, лишь какъ на громкую фразу. Теоретически это опредѣленіе оправдывается тѣмъ, что оно стоитъ въ связи съ понятіями стоиковъ, а стало быть и ихъ послѣдователей, классическихъ юристовъ, о той области, на которую распространяется дѣйствіе естественнаго права: по ихъ ученію, естественное право регулировало вообще всѣ отношенія между людьми. Поэтому и справедливость, какъ осуществленіе естественнаго права, заключала въ себѣ не только справедливость въ тѣсномъ смыслѣ, но и благоволеніе, или благодѣяніе. Для того, чтобы познать правила, опредѣляющія отношенія въ этой обширной области, надо было изучить эти самыя отношенія, ихъ природу (natura); а съ чѣмъ не становится въ связь человѣкъ, вступающій въ отношенія къ другимъ людямъ! Такое познаніе безъ большой ошибки можно

---

[283]) D. 1, 1. fr. 10. § 2.

[284]) Cic. off. I. 43. 153.

было назвать познаніемъ вещей божескихъ и человѣческихъ. Практическое же оправданіе вышеозначеннаго опредѣленія науки права заключается въ остаткахъ сочиненій классическихъ юристовъ: они свидѣтельствуютъ, что юристы при разработкѣ отдѣльныхъ ученій удержались на высотѣ, указанной ихъ общимъ понятіемъ о наукѣ права.

Но достоинства классическихъ юристовъ мы можемъ измѣрить не по одной только широтѣ ихъ юридическаго, но также и по глубинѣ ихъ нравственнаго міровоззрѣнія. Сливая свою науку со стоической философіей, римскіе юристы усвоили себѣ и крѣпительное воззрѣніе этой послѣдней на добродѣтель. Стоики называли добродѣтелью не созерцаніе только, но самое осуществленіе нравственнаго закона. И римскіе юристы считаютъ свою дѣятельность не простымъ только познаніемъ и преподаваніемъ юридическихъ нормъ; они считаютъ себя осуществителями идеи справедливости; Ульпіанъ выражаетъ этотъ взглядъ въ слѣдующихъ возвышенныхъ словахъ: „право есть искусство добраго и справедливаго. Мы же (юристы) по справедливости можемъ быть названы его жрецами, ибо мы служимъ дѣлу справедливости и учимъ познавать доброе и справедливое, отдѣляя справедливое отъ несправедливаго, дозволенное отъ недозволеннаго, стремясь сдѣлать людей добрыми нетолько страхомъ передъ наказаніемъ, но и обѣщаніемъ наградъ, и такимъ образомъ, если я неошибаюсь, мы служимъ истинной, непритворной философіи“ [285]).

---

[285]) D. 1, 1. fr. 1. pr. § 1.

Мы конечно не можемъ здѣсь представить полнаго доказательства тому, что классическіе юристы въ своей дѣятельности дѣйствительно осуществляли этотъ высокій идеалъ: это можетъ быть предметомъ особаго изслѣдованія. Но нѣсколько примѣровъ изъ ихъ сочиненій кажется будутъ не лишними. Папиніанъ разбираетъ слѣдующій случай [286]: нѣкто продалъ другому своего раба, причемъ особымъ, простымъ договоромъ (не въ формѣ стипуляціи) выговорилъ себѣ штрафъ съ покупщика, если этотъ послѣдній допуститъ раба когда нибудь вступить на почву Италіи. Спрашивается: можетъ ли продавецъ, въ случаѣ нарушенія условія, воспользоваться штрафнымъ искомъ? (Такой вопросъ возникаетъ потому, что штрафной договоръ не былъ облеченъ въ форму стипуляціи). Папиніанъ отвѣчаетъ: нѣтъ, кромѣ того только случая, когда продавецъ подъ тѣмъ же условіемъ (т. е. появленія раба въ Италіи) самъ обязался третьему лицу заплатить штрафъ, ибо въ этомъ случаѣ онъ будетъ искать не штрафа, а лишь вознагражденія за понесенный имъ самимъ ущербъ. Но продавецъ можетъ выговорить себѣ тѣмъ же порядкомъ штрафъ подъ обратнымъ условіемъ, т. е. если покупщикъ въ видѣ наказанія вышлетъ раба изъ Италіи. Въ этомъ случаѣ продавецъ можетъ съ успѣхомъ вчинать штрафной искъ. Почему же? Тутъ какъ будто есть противорѣчіе? Папиніанъ объясняетъ причину различія: въ первомъ случаѣ продавецъ, если онъ самъ не платитъ штрафа, стремится взыскать съ покупщика штрафъ только изъ чувства досады, что придуманное для раба наказаніе

---

[286]) D. 18, 7. fr. 7.

(высылка изъ Италіи) не осуществилось; во второмъ же случаѣ онъ руководится противуположнымъ чувствомъ любви къ рабу: „для человѣка“, добавляетъ Папиніанъ, „есть интересъ въ томъ, чтобы другой человѣкъ пользовался какимъ нибудь благодѣяніемъ (beneficio), но досада на неисполненіе наказанія есть только жестокость“. Такое рѣшеніе и его мотивы вполнѣ соотвѣтствуютъ правилу: „ничто человѣческое мнѣ не чуждо“ [287]). Въ другомъ мѣстѣ, по поводу невозможныхъ условій, Папиніанъ говоритъ: „дѣянія, оскорбляющія наше благочестіе, добрую славу, чувство стыдливости и, говоря вообще, противныя добрымъ нравамъ, мы должны разсматривать такъ, какъ будто ихъ невозможно совершить“ [288]). Припомнимъ также то, что было сказано во 2-й главѣ о взглядахъ юристовъ на соблюденіе даннаго обѣщанія [289]).

Что касается до высокаго довѣрія общества къ классическимъ юристамъ, то оно лучше всего выражается въ слѣдующемъ фактѣ: въ какой бы уголокъ римской юридической жизни мы ни заглянули, мы почти вездѣ встрѣчаемся съ дѣятельностью римскихъ юрисконсультовъ. Они засѣдали въ „Совѣтѣ“ (consilium) императора, гдѣ рѣшались важнѣйшія дѣла по разнымъ отраслямъ государственнаго управленія и обсуждались император-

---

[287]) Ср. Cic. De inv. II, 22, 65: Naturae quidem jus esse, quod nobis non opinio, sed quaedam innata vis afferat, ut religionem, pietatem, gratiam, vindicationem, observantiam, veritatem.

[288]) «Quae facta laedunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram et, ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est». D. 28, 7. fr. 15.

[289]) Ср. очерки юриспруденціи временъ имперіи у Puchta Inst. I. §§ 96—103, 116 — 118; Kuntze Cursus §§ 309—322, Excurse стр. 267—293.

скія конституціи [290]). Имъ поручались обширныя законодательныя работы; такова была окончательная редакція эдикта, сдѣланная при Адріанѣ знаменитымъ юристомъ Юліаномъ [291]). Знаменитѣйшимъ изъ нихъ предоставлено было особое jus respondendi, въ силу котораго всякое юридическое правило, единогласно ими признанное, получало силу закона [292]). Магистратъ, вѣдавшій дѣло in jure, судья, разсматривавшій его in judicio, заинтересованныя стороны—всѣ прибѣгали за совѣтомъ къ юрисконсульту. Этотъ послѣдній даже помогалъ частнымъ лицамъ при заключеніи сдѣлокъ, хотя иногда и дѣлалъ это черезъ посредство второстепенныхъ юристовъ, примыкавшихъ къ нему въ качествѣ учениковъ или помощниковъ. Наконецъ, сочиненія юристовъ распространяли ихъ вліяніе по всему пространству римскаго государства.

Итакъ, классическіе юристы господствовали надъ всей юридической жизнью римскаго народа и обладали качествами, которыя дѣлали ихъ къ этому въ высшей степени способными. Мы думаемъ, что при такомъ высокомъ состояніи правообразовательнаго органа предоставленіе ему реализаціи естественнаго права должно было казаться тогдашнему обществу дѣломъ возможнымъ и желательнымъ.

Какой же отвѣтъ можемъ мы дать на поставленный выше вопросъ о томъ, благопріятствовали ли внѣшнія условія римскаго юридическаго быта стремленію юристовъ реализировать естественное право? Едва ли кто нибудь будетъ спорить противъ того, что отвѣтъ дол-

---

290) См. напр. Puchta Inst. I. стр. 479.

291) Puchta eod. § 114. Rudorff. Röm. Rechtsgesch. I. § 97.

292) См. напр. Puchta eod. §§ 116—117.

женъ быть утвердительный: высокое достоинство принциповъ естественнаго права, настоятельная практическая потребность въ цѣльной и эластичной системѣ гражданскаго права для всей римской имперіи и существованіе энергическаго и художественно развитаго сословія юристовъ—все обѣщало успѣхъ дѣлу реализаціи. Если объ общенародномъ правѣ мы сказали, что оно, несмотря на свою практическую важность для гражданскаго оборота въ періодъ класической юриспруденціи, все таки не имѣло будущаго, то объ естественномъ правѣ, напротивъ, мы должны сказать, что ему предстояла блестящая будущность, несмотря на его теоретическое происхожденіе.

Теперь, сравнивая оба элемента ученія юристовъ объ общенародномъ правѣ, мы безъ затрудненія можемъ сказать, что главнымъ элементомъ въ этомъ ученіи было естественное право. Только для него, для его реализаціи, могли работать юристы. Мы думаемъ, что этимъ выводомъ мы достигаемъ именно той точки зрѣнія, съ которой можно объяснить всю массу интересующихъ насъ источниковъ. Мы должны постоянно имѣть въ виду одну практическую цѣль классическихъ юристовъ—реализацію естественнаго права. Теоретическіе недостатки ихъ ученія, иногда довольно рѣзкіе, не должны смущать насъ, ибо, какъ мы уже имѣли случай замѣтить выше, римскіе юристы были вовсе не теоретики, какъ по особенному характеру и исторіи всего сословія римскихъ юристовъ, такъ и по причинѣ несовершенства научныхъ пріемовъ того времени. Иногда эти недостатки, если они настойчиво повторяются юристами, могутъ даже слу-

жить вѣрнымъ указателемъ истинной цѣли ихъ стремленій.

Отрицательныя доказательства въ пользу нашей точки зрѣнія мы представили въ предыдущей главѣ, указывая на недостатки воззрѣній различныхъ ученыхъ, занимавшихся нашимъ вопросомъ. Этой критикой, надѣемся, мы доказали, что мы не должны идти путемъ нашихъ предшественниковъ. Положительныя доказательства въ пользу избраннаго нами пути должно дать нижеслѣдующее изложеніе, которое представитъ объясненіе источниковъ именно съ установленной нами точки зрѣнія.—

Анализъ источниковъ, произведенный въ 3-й гл., привелъ насъ къ тому заключенію, что изъ всѣхъ юристовъ одинъ только Гай очень рѣшительно отождествляетъ общенародное право съ естественнымъ, дѣлая впрочемъ въ частностяхъ кое-какія отступленія отъ принятаго принципа; остальные же юристы въ однихъ мѣстахъ своихъ сочиненій совершенно отчетливо различаютъ общенародное право отъ естественнаго, въ другихъ же выражаются такъ неопредѣленно, что на основаніи однихъ этихъ мѣстъ нельзя заключить, какого они держатся взгляда на отношеніе обоихъ правъ. Но къ этимъ фактамъ теперь мы считаемъ нужнымъ присоединить еще одинъ.

Хотя Фойгтъ (одинъ изъ всѣхъ приведенныхъ выше писателей) и счелъ нужнымъ въ ученіи объ общенародномъ правѣ различать и отдѣльныхъ юристовъ и время, въ которое они писали, однако что̀ касается до времени, то онъ не приложилъ этого правила къ классическимъ юристамъ. Вслѣдствіе этого ни онъ, никто либо другой не обратили вниманія на то обстоятельство,

что всѣ юристы, несогласные съ Гаемъ въ ученіи объ общенародномъ правѣ, жили лѣтъ на 50 или 60 позже его, [293]) а одинъ изъ нихъ, Гермогеніанъ, отдѣленъ отъ него даже больше, чѣмъ цѣлымъ столѣтіемъ (онъ жилъ въ 4 в.).

Мы не должны упускать изъ виду этого факта. Полвѣка въ жизни такой высокоразвитой юриспруденціи, какова была классическая, значатъ очень много. Поэтому мы считаемъ себя въ правѣ различіе между двумя группами юристовъ во времени привести въ связь съ различіемъ въ ихъ ученіи объ общенародномъ правѣ: въ теченіи полустолѣтія очень легко могли появиться обстоятельства, повлекшія за собою измѣненія въ Гаевомъ ученіи. Если это предположеніе вѣрно (нижеслѣдующее изложеніе должно доказать это), то ученіе Гая является въ жизни римскаго права началомъ какого то процесса, довершеніе котораго выпало на долю позднѣйшихъ юристовъ.

Послѣ сказаннаго понятно, что первая группа источниковъ, содержащая въ себѣ ученіе Гая, должна быть объяснена прежде другихъ. Считаемъ при этомъ нужнымъ замѣтить, что Гай вѣроятно не одинъ держался извѣстнаго намъ ученія объ общенародномъ правѣ. Весьма вѣроятно, что многіе изъ его современниковъ были его единомышленниками. Мы считаемъ это весьма вѣроятнымъ потому, что слѣды того ученія, которое мы находимъ у Гая, видны у очень

[293]) Первая книга Институцій, во главѣ которой стоитъ опредѣленіе общенароднаго права, написана Гаемъ при Антонинѣ Благочестивомъ (умеръ въ 161 г.). см. Zimmern—Geschichte des Röm. Privatrechts. I. стр. 344, примѣч. 25.; остальные же юристы жили въ первой половинѣ 3-го вѣка.

многихъ позднѣйшихъ юристовъ, какъ объ этомъ свидѣтельствуютъ источники, собранные нами во 2-ой группѣ. Едва ли можно допустить, что эти слѣды суть результатъ вліянія исключительно одного Гая [294]). Такимъ образомъ мы съ большимъ вѣроятіемъ можемъ считать Гая только представителемъ многихъ юристовъ, державшихся одного съ нимъ ученія.

Приступимъ къ объясненію этого ученія. Существенная черта его состоитъ въ томъ, что оно объявляетъ общенародное право тождественнымъ съ естественнымъ. На основаніи очерка того и другаго права, сдѣланнаго нами въ первыхъ двухъ главахъ, можно видѣть, что такое отождествленіе есть довольно грубая ошибка, которую вѣроятно замѣчалъ и самъ Гай. Чѣмъ же объясняется появленіе этого ученія и настойчивое проведеніе его черезъ многія сочиненія римскаго юриста? Въ очень общихъ чертахъ отвѣтъ заключается уже въ результатѣ сдѣланнаго нами сравненія обоихъ элементовъ ученія о jus gentium. Мы не имѣемъ никакого основанія отводить свое вниманіе отъ этихъ двухъ единственныхъ элементовъ ученія и искать объясненія въ какихъ нибудь постороннихъ явленіяхъ. Результатъ же сравненія показалъ намъ, что изъ двухъ элементовъ только одно естественное право имѣло жизненность, ибо юристы стремились реализировать его; общенародное же право само по себѣ не могло ихъ занимать. Отсюда мы можемъ заключить, что если юристы соединяютъ оба

---

294) Особенно въ виду того, что онъ при жизни своей по всѣмъ вѣроятіямъ не принадлежалъ къ числу наиболѣе авторитетныхъ юристовъ; многіе думаютъ, что онъ не имѣлъ jus respondendi: см. Bremer—Die Rechtslehrer und Rechtsschulen. стр. 65, 66.

права въ одно ученіе, то они употребляютъ общенародное право, какъ средство для реализаціи естественнаго.

Но намъ недостаточно этого общаго отвѣта; мы хотимъ знать, почему юристы избрали именно такой путь для достиженія своей цѣли; почему они надѣялись достигнуть этой послѣдней, отождествляя оба права? Почему они обратились именно къ общенародному праву? Для этого было двѣ причины, которыя мы и разберемъ. Прежде всего обратимъ вниманіе на то, что̀ такое было естественное право до его реализаціи юристами. Это было собраніе общихъ понятій, рамки, ненаполненныя почти никакимъ положительнымъ содержаніемъ; были общіе принципы, но не было правилъ и институтовъ, въ которыхъ бы эти принципы были развиты сообразно съ потребностями гражданскаго оборота. Слѣдовательно для реализаціи естественнаго права прежде всего надо было отыскать эти правила.

Вопросъ въ томъ: какъ юристы отыскивали ихъ? Хотѣли ли они изобрѣсть особую, прежде совсѣмъ не существовавшую массу правилъ, которую они поставили бы рядомъ съ другими частями положительнаго права? Мы этого не думаемъ. Еслибъ у римскихъ юристовъ не было уже готоваго матерьяла, которымъ они могли наполнить рамки естественнаго права, то стремленіе ихъ къ реализаціи было бы искусственнымъ. Но мы старались на предшествующихъ страницахъ показать, что многія важныя стороны жизни римскаго общества вели его къ одному и тому же исходу—къ реализаціи естественнаго права. Мы не можемъ предположить, вопреки всему, что̀ намъ извѣстно о ходѣ

всякой общественной жизни, что при указанномъ направленіи римскаго общества въ положительномъ правѣ его не было элементовъ, соотвѣтствующихъ этому направленію. Это послѣднее развивалось постепенно и потому не могло не отразиться на всѣхъ сторонахъ народной жизни, между прочимъ и на правѣ. Такимъ образомъ общія соображенія заставляютъ насъ думать, что въ положительномъ римскомъ правѣ было достаточно матерьяла, соотвѣтствовавшаго принципамъ естественнаго разума, и что поэтому прежде всего къ нему должны были римскіе юристы обратиться за отысканіемъ содержанія для естественнаго права.

Эти общія соображенія подтверждаются разсмотрѣніемъ историческихъ фактовъ. Предшествовавшая классическому періоду жизнь насадила въ римскомъ правѣ множество элементовъ, способныхъ примкнуть къ единому, общему принципу естественнаго права. Эти элементы были разсѣяны по всей массѣ римскаго права въ болѣе или менѣе крупныхъ сочетаніяхъ. Ниже мы покажемъ, что классическіе юристы находили ихъ и въ цивильномъ правѣ. Въ общенародномъ же правѣ они составляли огромную, почти сплошную массу. Доказательство этого послѣдняго положенія находится въ 1-й гл., гдѣ мы указывали, что большинство институтовъ общенароднаго права было проникнуто стремленіемъ къ естественности.

Теперь намъ остается сдѣлать только одинъ шагъ въ области вѣроятныхъ догадокъ, чтобы быть возлѣ самаго факта отождествленія. Если, стремясь реализировать естественное право, юристы (т. е. Гай и вѣроятно другіе его современники) должны были искать для него содержанія въ положительномъ правѣ; если

въ этомъ правѣ они встрѣчаютъ огромную часть, которая почти вся цѣликомъ соотвѣтствуетъ требованіямъ естественнаго разума, то совершенно натурально предположить, что юристы, увлекшись на первыхъ порахъ такимъ сходствомъ, вмѣсто того, чтобы указать на согласіе **большей части** общенароднаго права съ естественнымъ, объявляютъ первое воплощеніемъ послѣдняго, отождествляютъ оба права.

Какъ видно изъ предшествующей главы, Фойгтъ былъ не чуждъ высказанной нами мысли. Но онъ парализировалъ ея значеніе тѣмъ, что рядомъ съ ней высказывалъ другую—о стремленіи юристовъ отыскать для общенароднаго права теоретическую основу и тѣмъ вдохнуть въ него новую жизнь. Въ его воззрѣніи дѣятельность классическихъ юристовъ представляется раздробленною въ стремленіи къ какой-то двойственной, неопредѣленной цѣли. Мы не отрицаемъ, что юристы могли размышлять надъ вопросомъ объ основномъ принципѣ общенароднаго права. Можетъ быть, подобныя размышленія и раскрыли имъ натуралистическую тенденцію этого права. Но по причинамъ, указаннымъ выше, мы не допускаемъ, чтобы юристы занимались общенароднымъ правомъ ради его самого. Они работали надъ всѣмъ старымъ правомъ только для того, чтобы выбрать изъ него все годное для реализаціи естественнаго права.

Но, кромѣ этого желанія отыскать матерьялъ для естественнаго права, была еще и другая причина отождествленія—формальная. Юристы чувствовали, что имъ недостаточно было указать на простое согласіе правилъ общенароднаго права съ принципами естественнаго права. Простое согласіе могло быть и случайнымъ,

причемъ всегда оставалась возможность появленія и такихъ правилъ общенароднаго права, которыя противорѣчили бы естественному разуму. Указывая на простое согласіе, юристы установляли только частичную реализацію естественнаго права, которою они понятно не могли удовлетвориться: имъ нужно было признаніе его за положительное въ цѣломъ. Для этого необходимо было какое нибудь особое средство.

Римскіе юристы всѣхъ временъ очень часто старались совершать новые шаги въ юридической области подъ прикрытіемъ уже признаннаго права [295]). Такимъ путемъ напр. совершалось развитіе значительной части права въ періодъ, послѣдовавшій за изданіемъ XII таблицъ (interpretatio XII t.); такимъ путемъ преторъ въ своемъ эдиктѣ совершилъ много нововведеній. Къ тому же традиціонному средству прибѣгли и классическіе юристы. Они объявили, что общенародное право не только содержитъ въ себѣ многія правила естественнаго права, но что оно есть само естественное право. Отождествляя оба права, они думали всей системѣ естественнаго права придать значеніе положительной, подъ прикрытіемъ имени общенароднаго права совершить реализацію естественнаго права въ цѣломъ [296]).

---

[295]) Мы не можемъ останавливаться на этомъ предметѣ и потому желающаго познакомиться съ нимъ основательно отсылаемъ къ двумъ сочиненіямъ: Ihering Geist des Röm. Rts. III. §§ 56—58 и г. Муромцева—О консерватизмѣ римской юриспруденціи. Москва 1875. Ср. также рецензію проф. Герье на послѣдне-названное сочиненіе въ Вѣстникѣ Европы, Сентябрь 1875, и Maine L'Ancien droit. стр. 33, 34.

[296]) Подобную же мысль высказываетъ Мэнъ въ ук. соч. стр. 74: «никогда не думали (т. е. римскіе юристы), что естественное право

Для насъ различіе между естественнымъ и общенароднымъ правомъ представляется очень замѣтнымъ. Поэтому многіе съ полнымъ основаніемъ могутъ спросить: были ли у классическихъ юристовъ какія нибудь точки опоры для отождествленія? Въ отвѣтъ на это сравнимъ между собою оба права. Во первыхъ, правила естественнаго права установляются естественнымъ разумомъ; большинство правилъ общенароднаго права также проникнуто стремленіемъ къ естественности. Во вторыхъ, естественное право примѣнимо ко всѣмъ людямъ; общенародное право—ко всѣмъ свободнымъ людямъ, находящимся на римской территоріи. Теоретически оба эти ограниченія всеобщей примѣнимости существенны; практически послѣднее ограниченіе нѣсколько ослаблялось тѣмъ, что римское государство обнимало почти весь тогда извѣстный міръ. Въ третьихъ, естественное право примѣнимо у всѣхъ народовъ; такъ какъ общенародное право сложилось во всемірномъ торговомъ оборотѣ, то очень возможно, что большинство его правилъ въ ихъ существенныхъ чертахъ можно было встрѣтить у всѣхъ извѣстныхъ Римлянамъ цивилизованныхъ народовъ. Къ этому прибавимъ еще, что самое названіе „jus gentium", право племенъ, а въ менѣе точномъ смыслѣ „право народовъ", при буквальномъ его толкованіи могло наводить на мысль, что оно означаетъ право, примѣняющееся у всѣхъ народовъ. Такимъ образомъ между признаками того и другаго

было основано на принципахъ не провѣренныхъ: думали, что оно было основаніемъ существующаго права и что его нужно было искать подъ формами этого права».

права было не безусловное, а только приблизительное сходство. Еслибы классическіе юристы искали только отвлеченной истины, то они конечно сочли бы такое сходство недостаточнымъ для отождествленія. Но ими руководили вовсе не теоретическіе интересы: они искали какого нибудь знамени, подъ которымъ естественное право, какъ цѣльная система, могла бы пройти въ практическую жизнь римскаго общества. Они чувствовали, что это общество было убѣждено въ необходимости реализаціи естественнаго права, и потому были увѣрены, что оно приметъ это право, если знамя и не будетъ вполнѣ ему соотвѣтствовать.

Итакъ стремленіе отыскать содержаніе естественному праву и необходимость поставить его подъ защиту признаннаго авторитета въ связи съ натуралистической тенденціей и общепримѣнимостью общенароднаго права были, по нашему мнѣнію, причинами отождествленія обоихъ правъ.

Объяснивъ главный пунктъ въ ученіи Гая и его вѣроятныхъ единомышленниковъ, перейдемъ къ вопросу второстепенному. Въ своемъ мѣстѣ (3 гл.) мы указывали, что Гай въ Институціяхъ приводитъ два правила общенароднаго права, противорѣчащія требованіямъ естественнаго разума, и при этомъ ни однимъ словомъ не указываетъ на это противорѣчіе и не дѣлаетъ ни малѣйшей попытки устранить его [297]). Въ виду того, что Гай объявляетъ общенародное право согласнымъ съ естественнымъ разу-

[297]) Одно изъ этихъ правилъ установляетъ рабство, другое не признаетъ обязательной силы за договоромъ, который былъ облеченъ въ стипуляціонную форму «Spondes? spondeo». Gai. I. 52; III. 93.

момъ и очень часто отмѣчаетъ это согласіе въ отдѣльныхъ правилахъ, мы находили страннымъ его молчаніе въ двухъ приведенныхъ мѣстахъ и спрашивали: какъ слѣдуетъ объяснять его образъ дѣйствій? Мы думаемъ, что это объясненіе совпадаетъ съ отвѣтомъ на другой вопросъ: сознавалъ ли Гай ошибочность отождествленія или онъ искренно вѣрилъ въ его безупречность? Отвѣтить на этотъ вопросъ съ полной увѣренностью мы не можемъ по недостатку твердой почвы въ источникахъ; однако съ довольно большой вѣроятностью можно предполагать, что образъ дѣйствій Гая былъ полусознательный. Первые шаги на пути отождествленія вѣроятно были сдѣланы совершенно искренно; дальнѣйшее, болѣе подробное разсмотрѣніе общенароднаго права съ этой точки зрѣнія должно было заронить въ умъ юриста сомнѣніе въ правильности его взгляда. Но Гай боялся дать ходъ этому сомнѣнію, ибо отъ этого зависѣла успѣшность реализаціи естественнаго права, этой главной задачи классической юриспруденціи. Поэтому онъ инстинктивно закрывалъ глаза всякій разъ, когда передъ нимъ появлялось какое нибудь правило общенароднаго права, противное праву естественному. Такимъ образомъ мы считаемъ возможнымъ объяснить поведеніе Гая въ двухъ вышеприведенныхъ мѣстахъ Институцій.

Нашу догадку можно провѣрить и на томъ общемъ опредѣленіи общенароднаго права, которое Гай устанавливаетъ въ началѣ Институцій [298]). Это опредѣле-

[298]) Gai. I. 1: — quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque jus gentium, quasi quo jure omnes gentes utuntur.

ніе кажется сохранило на себѣ положительные слѣды сомнѣній, возникавшихъ по временамъ въ головѣ Гая. Всякій читающій его вѣроятно съ нѣкоторымъ недоумѣніемъ останавливается надъ частицей „quasi“: будемъ ли мы переводить ее буквально, словомъ „какъ бы“, или же словами „до извѣстной степени“, какъ это предлагаетъ Фойгтъ [299]), или еще какими нибудь выраженіями, во всякомъ случаѣ назначеніе ея остается одно и тоже: она должна ослабить силу слѣдующихъ за ней словъ, говорящихъ, что общенароднымъ правомъ пользуются всѣ народы; между тѣмъ на предыдущихъ строкахъ Гай эту послѣднюю мысль высказываетъ безъ всякаго ограниченія, Какъ разрѣшить это противорѣчіе? Логически оно не разрѣшимо; но мы думаемъ, что его можно разрѣшить психологически: въ первой половинѣ своего опредѣленія Гай имѣлъ въ виду естественное право, т. е. понятіе теоретическое, и потому, заявивъ, что оно установляется естественнымъ разумомъ, онъ совершенно свободно указываетъ на его примѣнимость у всѣхъ народовъ, не опасаясь, что станетъ въ противорѣчіе съ дѣйствительностью. Но затѣмъ онъ переходитъ къ практическому общенародному праву; имѣя въ виду, что онъ объявляетъ это право тождественнымъ съ естественнымъ, и отчасти опираясь на самое выраженіе „jus gentium“, „право народовъ“, Гай хочетъ сказать и про это положительное, римское право, что оно прилагается у всѣхъ народовъ; но въ этотъ моментъ его свѣдѣнія по сравнительной юриспруденціи вѣроятно подсказали ему, что онъ

---

[299]) Das jus naturale etc. I. стр. 402. прим. 573.

противорѣчитъ дѣйствительности, — и на пергаментѣ юриста появилась ослабляющая частица „quasi“, свидѣтельница его внутренняго, полусознательнаго колебанія.—

Предлагаемое нами объясненіе смысла и значенія отождествленія естественнаго и общенароднаго права получитъ еще бо̀льшую правдоподобность, если мы обратимъ вниманіе на то, что классическіе юристы сближали естественное право и съ другими признанными элементами положительнаго права, хотя это сближеніе было и не столь тѣсное, какъ относительно общенароднаго права. Классическіе юристы въ огромномъ количествѣ случаевъ указываютъ на согласіе aequitas съ естественнымъ правомъ и даже въ правилахъ цивильнаго права нерѣдко отмѣчаютъ осуществленіе требованій естественнаго разума. Если признать справедливымъ то мнѣніе, что юристы отождествляли естественное право съ общенароднымъ съ цѣлью указать основной принципъ этого послѣдняго, то остается совершенно непонятнымъ, почему они тоже самое естественное право ставили въ очень тѣсное отношеніе къ aequitas и сближали въ нѣкоторыхъ пунктахъ даже съ цивильнымъ правомъ. Между тѣмъ съ нашей точки зрѣнія то и другое объясняется очень удобно: у классическихъ юристовъ одна цѣль —реализація естественнаго права; для достиженія этого практическаго результата они готовы погрѣшить въ теоретическомъ отношеніи; имъ нужно дать естественному праву содержаніе и поставить его подъ защиту признаннаго авторитета, — они отождествляютъ его съ общенароднымъ правомъ; но вмѣстѣ съ тѣмъ они замѣчаютъ, что и въ aequitas

и въ jus civile можно добыть много матерьяла для естественнаго права, — и, не смущаясь тѣмъ, что отождествленіемъ jus naturale съ jus gentium они ограничивали первое содержаніемъ послѣдняго, они утверждаютъ, что правила естественнаго права можно найти и въ aequitas и въ цивильномъ правѣ. Классическіе юристы разработываютъ старое право не съ тѣмъ, чтобы понять вѣрнѣе, научнѣе только то, что уже дано прежнею жизнью, а съ тѣмъ, чтобы выбрать изъ стараго все годное для новаго зданія (системы естественнаго права) и затѣмъ къ этому старому годному присоединить и новое.

Сближеніе естественнаго права съ aequitas можно видѣть изъ слѣдующихъ мѣстъ, какъ Гая, такъ и другихъ юристовъ. Въ своихъ толкованіяхъ къ провинціальному эдикту, именно къ той его части, гдѣ говорится о наслѣдственныхъ правахъ кровныхъ родственниковъ по женской линіи, Гай говоритъ: „въ этой части эдикта проконсулъ, побуждаемый естественной справедливостью, обѣщаетъ bonorum possessio всѣмъ когнатамъ, которыхъ призываетъ къ наслѣдству кровное родство, хотя цивильное право и не считаетъ ихъ наслѣдниками“ [300]). Въ другомъ мѣстѣ Гай говоритъ: „вещи, переходящія въ нашу собственность посредствомъ передачи, мы пріобрѣтаемъ на основаніи общенароднаго права; ибо ничто такъ не согласно съ естественною справедливостью, какъ признаніе воли господина, желающаго перенесть собствен-

300) D. 38, 8. fr. 2: Hac parte proconsul naturali aequitate motus etc. — «Aequitas» мы переводимъ словомъ «справедливость» только по недостатку болѣе подходящаго русскаго слова.

ность своей вещи на другаго“ [301]). Въ томъ и другомъ случаѣ выраженіе „naturalis aequitas“ употреблено для того, чтобы указать на согласіе правилъ aequitatis съ природою отношенія, другими словами — чтобы указать на существованіе правила естественнаго права въ признанномъ элементѣ положительнаго права. Туже самую мысль высказываетъ Гай и въ другихъ выраженіяхъ; напр. въ 4-ой книгѣ толкованій на провинціальный эдиктъ онъ говоритъ: „очевидно, что тѣ обязательства, по которымъ исполненіе требуется естественнымъ правомъ, не прекращаются вслѣдствіе уменьшенія правоспособности, ибо цивильный разумъ не можетъ уничтожить естественныхъ правъ. Поэтому искъ о приданомъ, какъ основывающійся на идеѣ добраго и справедливаго (in bonum et aequum concepta) тѣмъ не менѣе остается въ силѣ и послѣ уменьшенія правоспособности“ [302]).

Отъ Павла для насъ сохранилось мѣсто, въ которомъ заключается сближеніе естественнаго права съ aequitas болѣе широкое, чѣмъ у какого нибудь другаго юриста. Онъ говоритъ: „слово право (jus) можетъ быть употребляемо для обозначенія различныхъ понятій. Такъ оно можетъ означать то, что всегда справедливо и добро, каково естественное право“ [303]). Такимъ образомъ, не имѣя въ виду какого нибудь отдѣльнаго правила aequitatis, Павелъ гово-

---

[301]) D. 41, 1. fr. 9 § 3.

[302]) D. 4, 5. fr. 8.

[303]) D. 1, 1. fr. 11.: jus pluribus modis dicitur. Uno modo, quum id, quod semper aequum ac bonum est, jus dicitur, ut est jus naturale.

ритъ, что вообще во всѣхъ тѣхъ правилахъ этой послѣдней, которыя при всѣхъ обстоятельствахъ и во всѣ времена могутъ быть названы справедливыми и добрыми, заключается осуществленіе требованій естественнаго права. Въ другихъ мѣстахъ онъ указываетъ на согласіе отдѣльныхъ правилъ aequitatis съ естественнымъ правомъ, употребляя обычное выраженіе „естественная справедливость" (naturalis aequitas [304]).

Сближеніе послѣдняго рода встрѣчаемъ мы и у Ульпіана во многихъ мѣстахъ. Вотъ нѣсколько примѣровъ: „если сынъ перестаетъ быть своимъ наслѣдникомъ (suus heres), то въ его части наслѣдуютъ рожденные отъ него внуки и внучки, находящіеся подъ властью; это дѣлается въ силу естественной справедливости" [305]). Говоря о той части эдикта, гдѣ установляются правила для особаго вида договоровъ, называемыхъ pacta, Ульпіанъ замѣчаетъ, что эта часть основывается на естественной справедливости [306]). Въ другомъ мѣстѣ, разсматривая правила эдикта о договорѣ, называемомъ constitutum, онъ говоритъ: „въ этомъ эдиктѣ преторъ слѣдуетъ естественной справедливости, которая охраняетъ constituta, совершенныя по соглашенію, ибо нарушеніе даннаго обѣщанія есть тяжкій проступокъ" [307]). Если

---

[304]) D. 44, 4. fr. 1. § 1: Ideo autem hanc exceptionem (sc. doli mali) praetor proposuit, ne cui dolus suus per occasionem juris contra naturalem aequitatem prosit.—D. 49, 15. fr. 19. pr.: Idque naturali aequitate introductum est, ut, qui per injuriam ab extraneis detinebatur, is, ubi in fines suos rediisset, pristinum jus suum reciperet.

[305]) D. 38, 16. fr. 1. § 4.

[306]) D. 2, 14. fr. 1. pr.: Hujus edicti aequitas naturalis est.

[307]) D. 13, 5. fr. 1. pr.: Hoc Edicto praetor favet naturali aequitati etc.

рабъ, получившій по завѣщанію свободу (statuliber), послѣ смерти своего господина, прежде, чѣмъ наслѣдникъ вступитъ въ наслѣдство, съ злымъ намѣреніемъ произведетъ въ наслѣдственномъ имуществѣ какой нибудь ущербъ, напр. кражу, то заинтересованнымъ лицамъ давался противъ него особый искъ, по которому съ него можно было взыскивать двойную цѣну убытковъ. Ульпіанъ говоритъ: „этотъ искъ, какъ писалъ и Лабеонъ, содержитъ въ себѣ скорѣе естественную, чѣмъ цивильную справедливость, ибо цивильнаго иска на этотъ случай нѣтъ; но по природѣ справедливо не оставлять безнаказаннымъ того, кто сдѣлался слишкомъ дерзокъ въ надеждѣ, что его нельзя преслѣдовать ни какъ раба, ибо ему предстояло быть свободнымъ, ни какъ свободнаго, ибо онъ совершилъ кражу у наслѣдства, т. е. у своего господина“ [308]). Эти примѣры можно бы увеличить еще огромнымъ числомъ; но мы ограничиваемся приведенными, ибо и всѣ остальные носятъ тотъ же характеръ сближенія естественнаго права съ правилами aequitatis и, по нашему мнѣнію, имѣютъ одну и туже цѣль—реализацію естественнаго права посредствомъ указанія его правилъ въ признанномъ элементѣ положительнаго права.

Разсматривая въ предыдущей главѣ ученіе Мэна, мы замѣтили, что считаемъ ошибочнымъ признаваемое имъ тождество естественнаго права съ aequitas. Доказательства въ пользу нашего мнѣнія мы предста-

---

308) D. 47, 4. fr. 1. pr. § 1. Здѣсь говорится о наслѣдствѣ, въ которое еще не вступилъ наслѣдникъ. Въ такомъ состояніи юристъ разсматриваетъ его, какъ лицо, которому принадлежатъ всѣ имущественныя права умершаго, слѣдовательно и собственность на раба. Этимъ замѣчаніемъ объясняются послѣднія слова Ульпіана.

вимъ теперь. Прежде всего обратимъ вниманіе на то, что историческое происхожденіе обоихъ элементовъ различно. Въ наукѣ до сихъ поръ нѣтъ общепризнаннаго понятія объ aequitas; но никто не думалъ утверждать, чтобы она своимъ происхожденіемъ была обязана теоріи. Напротивъ, всѣ единогласно признаютъ, что естественное право первоначально не только въ Греціи, но и на римской почвѣ было только философской теоріей. Но, кромѣ этого, и въ самыхъ сочиненіяхъ юристовъ Мэнъ не могъ отыскать достаточныхъ основаній для своего воззрѣнія. Мы имѣемъ только одно мѣсто, гдѣ сближеніе естественнаго права съ aequitas совершается въ формѣ общаго положенія. Это мѣсто принадлежитъ Павлу и было уже нами указано нѣсколько выше. Павелъ говоритъ: то, что всегда остается справедливымъ и добрымъ (semper aequum ac bonum est), есть естественное право. Этими словами Павелъ не говоритъ, что aequitas есть естественное право; онъ хочетъ сказать, что только тѣ правила aequitatis можно отнести къ этому послѣднему, которыя во всѣ времена и при всѣхъ обстоятельствахъ остаются справедливыми; на это указываетъ слово „всегда". Такое толкованіе подтверждается другимъ мѣстомъ того же юриста, гдѣ aequitas стоитъ въ противорѣчіи съ естественнымъ разумомъ. Павелъ говоритъ: „если какая нибудь просьба, въ примѣненіи къ опредѣленному случаю справедливая (aequitas desiderii), противорѣчитъ требованіямъ естественнаго разума или права, то такое столкновеніе должно быть примирено справедливымъ судебнымъ рѣшеніемъ" [309]).

[309]) D. 50, 17. fr. 85. § 2: Quoties aequitatem desiderii naturalis ratio aut dubitatio juris moratur, justis decretis res

Чтобы это мѣсто было понятнѣе, необходимо обратить вниманіе на выраженіе „aequitas desiderii". Послѣднее слово въ немъ стоитъ для того, чтобы указать, что дѣло идетъ объ относительной, а не абсолютной справедливости, т. е. о такомъ правилѣ, которое основывается на соображеніи всѣхъ индивидуальныхъ особенностей случая и потому, кромѣ этого случая, ни къ какому другому прилагаемо быть не можетъ. Такое правило очевидно не можетъ быть названо всегда справедливымъ (semper aequum ac bonum), слѣдовательно не можетъ быть согласнымъ съ естественнымъ правомъ, которое содержитъ въ себѣ правила абсолютно годныя. Такимъ образомъ послѣдне-приведенное мѣсто показываетъ, что Павелъ, единственный юристъ, отъ котораго до насъ дошло болѣе общее признаніе согласія aequitas съ естественнымъ правомъ, вовсе не признаетъ этого согласія за тождество; онъ указываетъ такой случай, гдѣ aequitas можетъ противорѣчить естественному праву.

Перейдемъ къ тѣмъ случаямъ, гдѣ юристы указываютъ на согласіе правилъ цивильнаго права съ требованіями естественнаго права. Эти случаи не такъ многочисленны, какъ предыдущіе; но для насъ это безразлично. Они все таки свидѣтельствуютъ, что юристы искали правилъ естественнаго права во всѣхъ частяхъ права положительнаго, даже въ цивильномъ правѣ, которое по идеѣ своей должно быть исключительною принадлежностью римскаго народа [310]). Иног-

temperanda est. — Это мѣсто не поддается точному переводу на русскій языкъ.

[310]) Gai. I. 1: quasi jus proprium ipsius civitatis.

да юристы прямо указываютъ на согласіе естественнаго права съ цивильнымъ, иногда же, не упоминая объ этомъ согласіи, они просто указываютъ на осуществленіе правилъ естественнаго права въ такихъ институтахъ, которые несомнѣнно принадлежатъ къ цивильному праву. Гай говоритъ: „суперфиціарными зданіями мы называемъ тѣ, которыя помѣщаются на нанятой землѣ; собственность на нихъ и по цивильному и по естественному праву принадлежитъ тому же, кому и собственность на землю“ [311]). Въ другомъ мѣстѣ тотъ же юристъ говоритъ: „и естественный и цивильный разумъ свидѣтельствуетъ, что улучшать положеніе кого либо мы можемъ даже безъ его вѣдома и желанія, но ухудшать не можемъ“ [312]). Въ Инстигуціяхъ Юстиніана есть мѣсто, гдѣ говорится объ условіяхъ, требуемыхъ для вступленія въ настоящій римскій, законный бракъ (justae nuptiae), слѣдовательно въ отношеніе цивильнаго права. Между прочими условіями требуется согласіе родителя, причемъ необходимость этого условія доказывается ссылкой и на естественный и на цивильный разумъ [313]). У Павла мы встрѣчаемъ слѣдующее мѣсто: „Въ виду того, что естественный разумъ, подобно какому нибудь молчаливому закону, опредѣлилъ дѣтямъ наслѣдство родителей, призывая ихъ какъ бы къ подобающему имъ преемству, вслѣдствіе чего и

---

311) D. 43, 18. fr. 2: quarum (sc. aedium) proprietas et civili et naturali jure ejus est, cujus et solum. Ульпіанъ упоминаетъ только о принадлежности того же правила къ естественному праву. D. 9, 2. fr. 50:—naturale jus, quod superficies ad dominum soli pertinet.

312) D. 3, 5. fr. 39.

313) I. 1, 10. pr.

въ цивильномъ правѣ имъ дано имя „своихъ наслѣдниковъ“, и въ виду того, что они не могутъ быть устранены отъ этого преемства даже отцовскимъ рѣшеніемъ, если они этого не заслужили по особеннымъ причинамъ, то сочтено было весьма справедливымъ и въ томъ случаѣ, когда отецъ въ наказаніе лишается имущества, не упускать изъ виду интереса дѣтей, дабы изъ за чужой вины не понесли тяжелаго наказанія ни въ чемъ невиновные, впадая иногда въ крайнюю нужду“ [314]). Такимъ образомъ наслѣдственное право дѣтей, признанное въ цивильномъ правѣ, Павелъ возводитъ къ праву естественному. Ту же мысль высказываетъ онъ и въ другомъ мѣстѣ: „дѣти и послѣ уменьшенія правоспособности (capite minuti) призываются эдиктомъ претора къ наслѣдству (bonorum possessio) родителей, если они не были усыновленными; ибо эти послѣднія послѣ эманципаціи утрачиваютъ и самое имя дѣтей. Но если естественныя дѣти послѣ того, какъ они были эманципированы и усыновлены, снова эманципируются, то они имѣютъ естественное право дѣтей“ [315]). Тоже встрѣчаемъ и у Папиніана: „не на одномъ и томъ же основаніи принадлежитъ наслѣдство родителямъ послѣ дѣтей и дѣтямъ послѣ родителей: родители допускаются къ имуществу дѣтей по чувству состраданія, а дѣти — по общему требованію и природы и родителей“ [316]). —

Переходимъ къ объясненію остальныхъ группъ источниковъ. Припомнимъ результаты, къ которымъ

---

[314]) D. 48, 20. fr. 7. pr.

[315]) D. 38, 6., fr. 4.

[316]) Eod. fr. 7. § 1.

привелъ насъ анализъ этихъ источниковъ, предложенный въ 3-ей главѣ. 1) Мѣста, собранныя въ 4-ой группѣ, показываютъ, что всѣ юристы, кромѣ Гая, совершенно ясно отличаютъ естественное право отъ общенароднаго. 2) Въ 3-ей группѣ одни юристы возводятъ только къ одному естественному праву такія правила, которыя другими юристами относятся къ праву общенародному. 3) Во 2-ой группѣ юристы сопоставляютъ оба права такимъ образомъ, что читающій становится въ недоумѣніе, какъ должно понимать это сопоставленіе: въ смыслѣ ли тождества или только частичнаго согласія обоихъ правъ.

Всѣ юристы, ученіе которыхъ подлежитъ теперь нашему объясненію, за исключеніемъ одного Гермогеніана, могутъ быть названы современниками другъ друга. Что касается до Гермогеніана, то хотя онъ и отдѣленъ отъ остальныхъ цѣлымъ вѣкомъ, но ученіе его мы все таки можемъ отнести къ періоду классической юриспруденціи, ибо въ его время наука права, не имѣя силъ къ самостоятельному существованію, питалась крохами отъ трудовъ своихъ предшественниковъ, классическихъ юристовъ. Такъ какъ съ этой современностью юристовъ соединяется и сходство въ ученіи ихъ, то мы имѣемъ полное основаніе предполагать, что ученіе всѣхъ ихъ было вызвано одною, общею причиной. Такимъ образомъ объясненіе наше будетъ относиться ко всѣмъ юристамъ, которыхъ мѣста сведены нами въ послѣднія три группы.

Начнемъ съ четвертой группы. Наша исходная точка остается прежняя, т. е. мы думаемъ, что вся дѣятельность классическихъ юристовъ опредѣлялась

ихъ стремленіемъ реализировать естественное право. Обращаясь къ мѣстамъ 4-ой группы, мы спрашиваемъ: какъ могутъ они быть объяснены съ этой точки зрѣнія? Сравнительно съ первой группой особенность этихъ мѣстъ состоитъ въ томъ, что они ясно отличаютъ естественное право отъ общенароднаго; юристы слѣдовательно перестали отождествлять оба права. Намъ надо отыскать причину, вызвавшую эту перемѣну. Обратимъ вниманіе на то, что со времени Гая прошло по крайней мѣрѣ полстолѣтія. Въ теченіе этого времени естественное право, защищаемое названіемъ общенароднаго, могло развиваться безпрепятственно. Цѣлая масса новыхъ правилъ, рекомендуемыхъ естественнымъ разумомъ, получаетъ признаніе въ положительномъ правѣ [317]). Умы юристовъ и вообще той части римскаго общества, которая имѣла какой нибудь интересъ къ дѣлу правообразованія, должны были все болѣе укрѣпляться въ той мысли, что прежнее теоретическое право сдѣлалось положительнымъ. Необходимость ставить его подъ охрану другаго какого нибудь элемента должна была казаться уже излишнею. Естественное право настолько окрѣпло, что должно было имѣть авторитетъ само по себѣ. Справедливость нашихъ соображеній подтверждается однимъ, замѣчательнымъ въ этомъ отношеніи, мѣстомъ Модестина: „если кто нибудь," пишетъ юристъ, „не можетъ придти въ назначенное время вслѣдствіе болѣзни или другаго крайняго обстоятельства, напр. бури на морѣ, суровостей зимы или иной подобной причины, то это обстоятель-

---

[317]) См. напр. D. 41, 1. fr. 5, 7, 9. (Гай).

ство должно извинять его. Хотя несомнѣнность этого правила достаточно подтверждается и самой естественной справедливостью, однако есть и конституція императоровъ Севера и Антонина, говорящая тоже самое" [318]).

Навстрѣчу описанному процессу въ сознаніи юристовъ шелъ другой. Съ тѣхъ поръ, какъ они объявили естественное право тождественнымъ съ общенароднымъ, у нихъ было множество случаевъ провѣрить правильность этого отождествленія. Сходство обоихъ правъ, поразившее и увлекшее ихъ на первыхъ порахъ, при ближайшемъ разсмотрѣніи должно было въ ихъ глазахъ принять свои надлежащіе размѣры, т. е. оказаться неполнымъ. Послѣ полустолѣтія признать и указать эту неполноту было тѣмъ легче, что къ этому времени, какъ мы сейчасъ сказали, естественное право стало на свои собственныя ноги, сдѣлалось самостоятельнымъ элементомъ положительнаго права и его новому значенію не грозило никакою опасностью признаніе его несогласія въ нѣкоторыхъ пунктахъ съ другими элементами положительнаго права.

Мы думаемъ, что описанныя два обстоятельства и суть причины, которыми объясняются всѣ мѣста, отнесенныя къ четвертой группѣ: всѣ они содержатъ или признаніе самостоятельности естественнаго права;

---

[318]) D. 27, 1. fr. 13. § 7. Si enim quis propter aegritudinem, vel aliam necessitatem, puta maris, vel hiemis, vel incursus latronum, aut aliam quam similem constituto tempore non poterit venire, ignoscendum ei est; cujus fidem tametsi sufficit firmare ex ipsa naturali justitia, est tamen et Constitutio Jmperatorum Severi et Antonini haec dicens.

какъ элемента положительнаго права, или сознаніе его несогласія въ нѣкоторыхъ пунктахъ съ правомъ общенароднымъ. Всѣ они суть слѣды завершенія того процесса реализаціи естественнаго права, котораго первые рѣшительные шаги мы указали въ источникахъ первой группы. Этого общаго замѣчанія достаточно для уразумѣнія почти всѣхъ отдѣльныхъ мѣстъ четвертой группы. Болѣе подробнаго объясненія требуетъ только одно мѣсто Ульпіана, въ которомъ онъ установляетъ свое понятіе о естественномъ правѣ. Но это объясненіе будетъ возможно только послѣ того, какъ мы разберемъ вторую группу источниковъ.

По внутренней связи мѣстъ мы должны однако прежде разсмотрѣть третью группу. Объясненіе ея особенностей можетъ быть коротко, ибо существенное сказано нами по поводу четвертой группы. Намъ надо объяснить, почему одни юристы ссылаются на естественное право въ тѣхъ же случаяхъ, въ которыхъ другіе опираются на общенародное право. Для этого мы обращаемъ вниманіе читателя на то, что̀ нами было сейчасъ сказано о пріобрѣтенной естественнымъ правомъ самостоятельности. Увѣренные въ общемъ признаніи этой самостоятельности, юристы ссылаются на естественное право даже и тогда, когда могли бы опереться на jus gentium. Что они предпочитаютъ первое, это объясняется тѣмъ, что естественное право въ ихъ глазахъ имѣло больше значенія, чѣмъ отживавшее свой вѣкъ общенародное. Такимъ образомъ, по нашему взгляду, мѣста третьей группы служатъ болѣе частнымъ выраженіемъ того же самаго факта, какъ и мѣста четвертой группы, т. е. выраженіемъ завершившейся реализаціи естественнаго пра-

ва. Объясненіе отдѣльныхъ мѣстъ этой группы мы считаемъ излишнимъ.

Переходимъ наконецъ къ разсмотрѣнію второй группы. Особенность ея, какъ мы уже не разъ замѣчали, состоитъ въ томъ, что во всѣхъ отнесенныхъ къ ней мѣстахъ (за исключеніемъ одного случая, упоминаемаго въ самомъ началѣ) юристы возводятъ правила одновременно и къ естественному и къ общенародному праву, причемъ характеръ ихъ выраженій таковъ, что заставляетъ серьезно недоумѣвать, не слѣдуетъ ли видѣть въ нихъ признанія тождества обоихъ правъ. Многихъ ученыхъ эти выраженія ввели въ заблужденіе. Но изъ источниковъ 4-й группы мы уже знаемъ, что тѣ же самые юристы очень ясно признавали различіе естественнаго и общенароднаго права, такъ что мѣста 2-й группы мы можемъ толковать развѣ только въ смыслѣ частичнаго согласія обоихъ правъ. Но мы не можемъ утверждать и того, чтобы юристы имѣли вообще намѣреніе указывать въ этихъ мѣстахъ на какое бы то ни было согласіе.

Такое свойство источниковъ должно причинять великія затрудненія для всякаго изслѣдователя и въ особенности для тѣхъ догматиковъ, которые хотятъ изучать римское право, только какъ дѣйствующее законодательство, причемъ во всякой фразѣ источниковъ обязательно предполагается совершенно опредѣленный смыслъ, который долженъ быть раскрытъ во что бы то ни стало съ помощью формально-логическихъ пріемовъ. Но мы разсматриваемъ источники не съ этой узко-догматической точки зрѣнія; наша точка зрѣнія историческая; мы готовы признать противорѣчіе въ источникахъ и не искать его примиренія тамъ,

гдѣ сама жизнь не дала примиренія; мы не хотимъ также въ ученіи классическихъ юристовъ быть опредѣленнѣе, чѣмъ они сами; мы только стараемся отыскать причины всѣхъ этихъ явленій. Чѣмъ же объяснить вышеописанный неопредѣленный характеръ источниковъ второй группы?

Мы сказали выше, что полувѣковое пространство времени, отдѣляющее Гая отъ позднѣйшихъ классическихъ юристовъ, было достаточно для того, чтобы произвести перемѣну въ ученіи объ общенародномъ правѣ. Но этого времени было недостаточно для того, чтобы въ языкѣ позднѣйшихъ юристовъ стереть всѣ слѣды первоначальнаго ученія объ этомъ правѣ, когда оно отождествлялось съ естественнымъ. Извѣстно, что въ языкѣ часто сохраняются въ теченіи цѣлыхъ вѣковъ слова и цѣлые обороты, первоначальное значеніе которыхъ давно уже исчезло изъ памяти народной или того класса, который ихъ употребляетъ. Полувѣковое разстояніе въ этомъ отношеніи было очень не велико. Сочиненія Гая и его современниковъ, раздѣлявшихъ его воззрѣніе, не составляли конечно библіографической рѣдкости. Нѣкоторые изъ позднѣйшихъ классическихъ юристовъ въ первые годы своей дѣятельности можетъ быть даже сами держались Гаева воззрѣнія, находясь еще подъ вліяніемъ своихъ учителей, которые могли быть современниками Гая. Словоупотребленіе этихъ послѣднихъ, пользовавшихся безразлично словами „jus naturale“ и „jus gentium“, усвоенное позднѣйшими юристами въ ихъ ранніе годы, впослѣдствіи обратилось въ привычку, которая сохранилась и тогда, когда они въ годы самостоятельной дѣятельности пришли къ убѣжденію въ различіи обо-

ихъ правъ. Возможность такого явленія всякій можетъ провѣрить на себѣ; мы нерѣдко употребляемъ выраженія несогласныя съ извѣстными намъ грамматическими правилами, если нѣтъ особенной нужды быть внимательнымъ къ соблюденію этихъ правилъ.

Мы думаемъ, что характеристическая особенность второй группы есть ничто иное, какъ слѣдъ прежняго отождествленія обоихъ правъ. Тамъ, гдѣ не было поводовъ вспоминать и отмѣчать различіе этихъ правъ, въ рѣчи юриста легко могло проскользнуть безразличное употребленіе выраженій „jus naturale" и „jus gentium", употребленіе, еще недавно бывшее всеобщимъ. Никакого болѣе глубокаго значенія особенность второй группы, по нашему мнѣнію, не имѣетъ.

Отдѣльныя мѣста группы не требуютъ особаго толкованія, кромѣ одного, о которомъ слѣдуетъ сказать еще нѣсколько словъ Въ 3-ей главѣ мы приводили одно мѣсто Ульпіана, гдѣ говорится, что рабъ способенъ къ акцептиляціи, ибо эта послѣдняя принадлежитъ къ общенародному праву [319]). Такъ какъ въ другихъ мѣстахъ тотъ же юристъ очень ясно говоритъ, что рабы способны только къ обязательствамъ естественнаго права, то нѣкоторые ученые выводили отсюда заключеніе, что Ульпіанъ отождествляетъ оба права. Въ своемъ мѣстѣ мы старались доказать ошибочность этого заключенія, отложивъ до настоящаго пункта положительную сторону дѣла, т. е. объясненіе словъ Ульпіана. Мы объясняемъ ихъ такимъ образомъ: по естественному праву для освобожденія должника отъ обязательства достаточно, чтобы вѣритель вы-

---

319) D. 46, 4 fr. 8. § 4.

разилъ свою волю въ этомъ смыслѣ, причемъ форма выраженія безразлична; такъ какъ акцептиляція подъ своей специфической формой содержитъ всегда именно такую волю, то и по естественному праву ее можно разсматривать, какъ способъ освобожденія должника; желая выразить эту мысль, Ульпіанъ по старой, еще не совсѣмъ оставленной привычкѣ употребилъ вмѣсто „jus naturale“ выраженіе „jus gentium“ [320]).

Теперь мы можемъ обратиться и къ болѣе подробному объясненію того опредѣленія, которое Ульпіанъ даетъ естественному праву, оговариваясь заранѣе, что мы сами признаемъ за этимъ объясненіемъ не абсолютную достовѣрность, а лишь вѣроятность, о степени которой предоставляемъ судить каждому читателю.

Для объясненія надо имѣть въ виду слѣдующіе три факта, уже извѣстные намъ изъ 3-й главы. 1) Ульпіанъ установляетъ въ своихъ Институціяхъ понятіе только о томъ естественномъ правѣ, которое основывается на животныхъ инстинктахъ человѣка; 2) въ тоже время онъ говоритъ о такихъ правилахъ естественнаго права, которыя могутъ прилагаться къ отношеніямъ доступнымъ только для людей, причемъ онъ эти правила не рѣдко относитъ къ общенародному праву; 3) въ Институціяхъ же, по поводу рабства и манумиссіи, онъ прямо говоритъ о противорѣчіи общенароднаго права естественному. Изъ этихъ положеній можно вывести одно, почти несомнѣнное заключеніе, именно то, что Ульпіанъ признавалъ за самостоятельный элементъ все естественное право, а не одну только его часть. Объяснить же надо то, почему онъ не вы-

---

[320]) Ср. Dirksen Rheinisch. Mus. für Jurisprud. 1. Jhrg. стр. 45.

сказалъ этого прямо въ своемъ опредѣленіи и почему онъ въ нѣкоторыхъ мѣстахъ бываетъ такъ двусмысленъ, что даетъ поводъ нѣкоторымъ ученымъ видѣть въ немъ послѣдователя Гаева ученія.

Мы это объясняемъ слѣдующимъ образомъ. Хотя Ульпіанъ и признавалъ внутренно самостоятельность естественнаго права въ цѣломъ, какъ элемента положительнаго права, но у него не хватило духа высказать это открыто. Онъ чувствовалъ, что въ какія бы мягкія формы онъ ни облекалъ это признаніе, какими бы оговорками ни сопровождалъ его, онъ долженъ былъ бы высказать одно положеніе, которое во всѣ времена будетъ казаться рѣзкимъ и опаснымъ, именно то, что всякое правило, одобряемое естественнымъ разумомъ, имѣетъ силу положительнаго права. Какъ практикъ, онъ долженъ былъ очень хорошо понимать, что такое безусловное положеніе столкнется враждебно съ немалымъ числомъ такихъ правилъ и институтовъ дѣйствовавшаго права, которые были противны естественному разуму и тѣмъ не менѣе держались еще живыми корнями въ народной жизни; для примѣра укажемъ на рабство. Но, съ другой стороны, Ульпіанъ также понималъ, что въ его время уже невозможно было утверждать, что естественное право есть ничто иное, какъ право общенародное.

Такимъ образомъ ему предстояло избрать какой нибудь путь, который былъ бы между двумя описанными исходами. Въ естественномъ правѣ была одна часть, на всеобщее признаніе которой онъ могъ расчитывать безъ всякаго сомнѣнія: мы разумѣемъ правила, основывающіяся на животныхъ инстинктахъ человѣка. Эту часть естественнаго права Ульпіанъ и

выставляетъ открыто, какъ элементъ положительнаго права. Относительно другой его части онъ поступалъ такъ, какъ нерѣдко поступаютъ люди и понынѣ: онъ не хотѣлъ называть по имени то, что въ сущности дѣлалъ во всей своей юридической дѣятельности. Онъ признавалъ реальность человѣческаго естественнаго права и постоянно руководился этимъ признаніемъ въ разработкѣ положительнаго права; въ отдѣльныхъ случаяхъ онъ даже открыто опирается на естественное право и признаетъ его противорѣчіе съ правомъ общенароднымъ. Но онъ нигдѣ, сколько мы можемъ судить по дошедшимъ источникамъ, не выставилъ общаго положенія, въ которомъ бы призналъ человѣческое естественное право за самостоятельное или бы объявилъ его не тождественнымъ съ общенароднымъ правомъ. Напротивъ, онъ до такой степени не былъ склоненъ тревожить старыя формы, что не старался даже совершенно вывести изъ своихъ сочиненій старинное безразличное употребленіе выраженій „jus gentium“ и „jus naturale“.

Намъ кажется, что съ помощью этой гипотезы можно свободно объяснить всѣ приведенныя мѣста Ульпіана. Обратимъ вниманіе также и на то, что въ дошедшихъ до насъ остаткахъ юридической литературы ни одинъ юристъ не оставилъ намъ общаго опредѣленія естественнаго права. Едва ли это явленіе случайно: Дигесты и Институціи Юстиніана обнаруживаютъ въ своихъ первыхъ титулахъ довольно сильное стремленіе собрать возможно большее число общихъ опредѣленій; если они ихъ не даютъ относительно естественнаго права, то вѣроятно потому, что ихъ

вовсе не было. А если такъ, то наша гипотеза можетъ служить поясненіемъ не для одного только Ульпіана.—

Отыскивая въ источникахъ мѣста, содержащія въ себѣ ученіе классическихъ юристовъ объ общенародномъ правѣ, мы нерѣдко обращались за ними и къ Институціямъ Юстиніана, которыя, какъ извѣстно, въ наибольшей своей части составлены изъ отрывковъ, взятыхъ изъ сочиненій классическихъ юристовъ. При этомъ мѣста, добытыя изъ Институцій, мы разсматривали сами по себѣ, внѣ той связи, въ которую они были поставлены компиляторами. Между тѣмъ, если разсматривать ихъ въ этой связи, то оказывается, что Институціи содержатъ особый взглядъ на общенародное и естественное право, отличный отъ того, который имѣли классическіе юристы. Мы считаемъ полезнымъ познакомить читателя съ этимъ взглядомъ по слѣдующей причинѣ. Занимающіеся изученіемъ Римскаго права почти всегда начинаютъ его съ Институцій Юстиніана; въ особенности это замѣчаніе справедливо относительно французовъ и нѣмцевъ, у которыхъ учатся и всѣ русскіе. Такъ какъ большинство читающихъ Институціи, особенно начинающихъ изученіе Римскаго Права, не занимается самостоятельной разработкой нашего вопроса, то оно дѣлается очень склоннымъ стать на ту точку зрѣнія, которой держатся сами Институціи. Доказательствомъ можетъ служить литература по нашему вопросу, ибо она въ теченіи многихъ вѣковъ (до начала нашего столѣтія) почти ни на одинъ шагъ не ушла отъ ученія Институцій Юстиніана; между тѣмъ это ученіе фальшивое. Мы хотимъ, подвергнувши его анализу, обнаружить эту фальшь. Вмѣстѣ съ тѣмъ этотъ ана-

лизъ послужитъ лишнимъ доводомъ въ пользу нашего отношенія къ источникамъ, почерпаемымъ изъ сборниковъ Юстиніана.

Для насъ существенный интересъ имѣетъ только одно мѣсто изъ Институцій, именно начало втораго титула первой книги. Въ такъ называемомъ principium заключается опредѣленіе естественнаго права, заимствованное цѣликомъ у Ульпіана и уже извѣстное читателю. Слѣдующій затѣмъ 1-й параграфъ начинается словами: „цивильное и общенародное право распредѣляются такимъ образомъ (jus autum civile vel gentium ita dividitur)", зачѣмъ непосредственно слѣдуетъ также уже извѣстное читателю мѣсто изъ Гая, гдѣ этотъ юристъ даетъ опредѣленіе цивильнаго и общенароднаго права (Gai I. 1.). Какъ должно понимать такое сочетаніе?

Слѣдующее объясненіе представляется наиболѣе естественнымъ: подобно многимъ ученымъ новаго времени, компиляторы посмотрѣли на юристовъ, отдѣленныхъ другъ отъ друга цѣлымъ полувѣкомъ, какъ на современниковъ, и потому въ ученіяхъ этихъ юристовъ видѣли одну цѣльную систему, а не нѣсколько системъ, которыя могутъ и противорѣчить другъ другу. Кромѣ того они не разсматривали внутреннихъ мотивовъ, вызвавшихъ эти ученія: такой сознательный анализъ былъ не по силамъ тогдашней наукѣ вообще и въ особенности юридической наукѣ временъ Юстиніана. Такимъ образомъ съ одной стороны вслѣдствіе предположенія единства въ различныхъ ученіяхъ классическихъ юристовъ, съ другой — вслѣдствіе неспособности проникнуть во внутренній процессъ образованія этихъ ученій,

компиляторы принуждены были для примиренія разнородныхъ частей ограничиться одними формально-логическими пріемами. Они стояли на той же самой дорогѣ, какъ Глюкъ и многіе другіе новые ученые, и потому пришли въ существѣ къ тѣмъ же результатамъ, съ тою только разницей, что у нихъ не хватило силъ или желанія выразить эти результаты въ собственномъ изложеніи, вслѣдствіе чего они очень грубо склеили въ одной книгѣ слова Ульпіана, Гая и другихъ юристовъ. Несмотря на эту грубость, нельзя отрицать, что компиляторами руководило понятіе, которое они составили себѣ объ ученіи классическихъ юристовъ. Понятіе это было таково: есть два вида естественнаго права; одно предназначается для отношеній, основывающихся на инстинктахъ, общихъ человѣку и животнымъ; другое предназначается для отношеній чисто человѣческихъ; это послѣднее тождественно съ правомъ общенароднымъ. Это понятіе довольно ясно видно въ титулѣ De jure naturali etc. Но мы не утверждаемъ, чтобы компиляторы пытались это понятіе провести послѣдовательно въ дальнѣйшихъ частяхъ Институцій. Въ дальнѣйшемъ изложеніи они по прежнему ощипываютъ классическую юриспруденцію, гдѣ попадется, и потому нерѣдко становятся въ противорѣчіе сами съ собой, вслѣдствіе чего ихъ образъ дѣйствій совершенно справедливо заслужилъ со стороны Савиньи названіе „безсмысленнаго“ [321]).

---

321) System. т. I. стр. 4, 19. Ср. напр. J. I, 2. pr. § 1. съ II, 1. § 11.

ГЛАВА VI.

Заключеніе: реализированное естественное право.

Въ предыдущей главѣ мы старались доказать, что ученіе классическихъ юристовъ объ общенародномъ правѣ представляетъ очень крупный актъ въ жизни римскаго права, актъ, имѣвшій своимъ исходомъ реализацію естественнаго права.

Значеніе этого акта можетъ быть оцѣнено надлежащимъ образомъ только тогда, когда будетъ указано подробнѣе, въ чемъ именно состояла реализація естественнаго права. Для этой цѣли и назначается настоящая глава. Едва-ли намъ нужно доказывать ея необходимость послѣ того, какъ мы нѣсколько разъ заявляли, что букву источниковъ мы оцѣниваемъ по тому, что̀ ей соотвѣтствовало въ дѣйствительной жизни. Но мы считаемъ необходимымъ заранѣе оговориться относительно предѣловъ настоящей главы. Собственно говоря, наша главная задача уже исполнена, ибо мы посильно выяснили смыслъ ученія классическихъ юристовъ объ общенародномъ правѣ. Теперь же мы хотимъ бросить взглядъ на новую об-

ласть, открывающуюся за этимъ ученіемъ,—на реализированное естественное право. Мы не хотимъ представить всестороннее и подробное разсмотрѣніе этого реализированнаго естественнаго права: для этого нужно было бы предпринять новое обширное изслѣдованіе. Мы хотимъ только окинуть однимъ общимъ взглядомъ поле, на которомъ потрудились классическіе юристы, и отмѣтить его главные пункты.

Реализація естественнаго права выразилась въ двоякомъ результатѣ. Вопервыхъ, классическіе юристы создали новую методу разработки положительнаго права, которую мы назовемъ натуралистическою. Во вторыхъ, многимъ предписаніямъ стоической этики они придали силу положительнаго права. Оба эти результата мы разсмотримъ нѣсколько подробнѣе [322]).

Во второй главѣ, излагая этическое ученіе стоиковъ мы указали, какъ, по мнѣнію этихъ послѣднихъ, слѣдуетъ познавать этическія правила. Всѣ они говорятъ, что человѣкъ долженъ для этого обращаться къ своему разуму, причемъ одни думаютъ, что разумъ сначала подобенъ чистой доскѣ, на которой впослѣдствіе отпечатлѣваются всѣ вещи, а другіе (Цицеронъ) утверждаютъ, что основные принципы прирождены человѣку, но для полнаго уразумѣнія естественнаго закона все таки необходимо старательное изученіе его. Очевидно, что эти указанія очень общи и потому не могутъ служить достаточнымъ руководствомъ для

---

[322]) Ту же мысль выражаетъ Ортоланъ, говоря о вліяніи стоицизма на римскую юриспруденцію: Explication historique des Instiuts. т. I. стр. 216, (8-ое изд.): «Ce fut à la fois par les préceptes et par la methode, qu'il (т. е. стоицизмъ) influa sur la jurisprudence».

того, кто захотѣлъ бы сдѣлать изъ нихъ практическое приложеніе. Обращаясь къ своему разуму для познанія природы какого нибудь отдѣльнаго явленія жизни онъ могъ и не найти тамъ его оттиска, пріобрѣтеннаго или врожденнаго. Какой путь долженъ былъ онъ избрать, чтобы все таки отыскать природу изслѣдуемаго явленія? Ему пришлось бы самому создать этотъ путь; онъ долженъ былъ бы самъ продолжить развитіе общихъ указаній стоиковъ, причемъ направленіе этого развитія могло быть различно, смотря по условіямъ, его сопровождавшимъ.

Въ такомъ именно положеніи были классическіе юристы, когда они, усвоивши себѣ основные принципы стоицизма, захотѣли дать имъ приложеніе въ практической юридической жизни. Успѣшность этого приложенія зависѣла отъ того, гдѣ юристы будутъ искать правила естественнаго права.

Если бы они избрали тотъ же путь, по которому пошли стоики-моралисты, то ихъ естественное право навѣрное вышло бы во многихъ пунктахъ также неестественно, какъ и стоическая мораль. Моралисты для отысканія правилъ естественной нравственности обратились исключительно къ однимъ отвлеченнымъ соображеніямъ, оставивъ безъ всякаго вниманія дѣйствительную жизнь,—и въ результатѣ явилось ученіе, что чувства суть особаго рода болѣзнь и потому должны быть подавляемы во имя исключительнаго господства разсудочной стороны человѣческой души. По всѣмъ вѣроятіямъ главная причина, почему стоическая мораль приняла такое неестественное и потому безплодное направленіе, заключалось въ томъ, что развитіе методы распознаванія правилъ естественной

нравственности совершилось при неблагопріятныхъ условіяхъ. Въ то время, когда стоицизмъ возникалъ и развивался, народная нравственность и въ Римѣ и въ Греціи находилась уже въ состояніи упадка; человѣческія страсти, ничѣмъ не сдерживаемыя, стали переходить далеко за надлежащую мѣру и потому представлялись въ безобразномъ видѣ. Моралистъ нетолько не могъ найти въ дѣйствительной жизни руководства въ своемъ познаніи правилъ нравственности, но напротивъ въ его умѣ невольно складывался идеалъ, прямо противоположный тому, возмущавшему его, направленію, которое господствовало въ народной жизни. Стоицизмъ былъ реакціей этому направленію и потому онъ вдался въ другую крайность, объявивъ незаконнымъ всякое проявленіе чувства.

Къ счастію для человѣчества, классическіе юристы находились въ болѣе благопріятныхъ условіяхъ, чѣмъ моралисты. Во первыхъ, они были практики и уже по одному этому не могли вырабатывать правила естественнаго права исключительно посредствомъ отвлеченныхъ умственныхъ операцій, не справляясь съ жизнью, для которой эти правила предназначались. Во вторыхъ, какъ мы видѣли, они начали реализацію естественнаго права съ того, что отождествили его съ общенароднымъ, т. е. подложили подъ него общенародное право. Это послѣднее было такъ сказать первою школой, черезъ которую прошло естественное право. А такъ какъ общенародное право само было безусловно практическимъ и живымъ правомъ, то эти свойства должны были перейти и на ту систему, въ которую стали переливать его содержаніе. Этому обстоятельству мы придаемъ первостепенное значеніе.

Въ третьихъ, наконецъ, самый стоицизмъ, подъ вліяніемъ котораго у юристовъ сложилось вѣрованіе въ естественное право, былъ не прежній жесткій, а смягченный стоицизмъ, признававшій даже законность чувствъ, слѣдовательно уже не отказывавшійся внимать голосу реальной жизни.

Итакъ, условія, при которыхъ классическимъ юристамъ приходилось продолжать развитіе основнаго принципа естественнаго права, благопріятствовали образованію такой методы разработки положительнаго права, которая для раскрытія природы вещей обращала взоры юриста къ изученію дѣйствительной жизни. Остатки классической юриспруденціи вполнѣ подтверждаютъ это предположеніе. Въ доказательство мы приведемъ рядъ примѣровъ, показывающихъ, какъ юристы для отысканія какого нибудь юридическаго правила изучаютъ природу различныхъ факторовъ того жизненнаго явленія, для котораго предназначается правило [323]). Факторами, имѣющими юридическое значеніе, можетъ быть лицо или вещь или самое отношеніе лица къ лицу же или къ вещи. Примѣромъ установленія правила на основаніи природы лица можетъ служить мѣсто Сцеволы (Цервидія), гдѣ разбирается вопросъ о дѣйствіи условія въ томъ случаѣ, когда это послѣднее заключается въ фактѣ, относящемся къ настоящему или прошедшему времени (conditio in praesens vel in praeteritum relata), но неизвѣстномъ для сторонъ; вопросъ заключается въ томъ, какъ понимать эту неизвѣстность: Сцевола рѣшаетъ его въ томъ

---

323) Примѣры заимствуемъ у Фойгта, у котораго они собраны въ изобиліи. I. § 55.

смыслѣ, что возможность знать факты должно опредѣлять по тому, на сколько такое знаніе возможно по природѣ человѣка [324]). Другимъ примѣромъ для той же цѣли можетъ служить мѣсто Венулея Сатурнина, которое было уже приведено нами во 2-й главѣ: законъ Помпея, говорится тамъ, установляющій наказаніе для убійцъ родителей, родственниковъ и патроновъ, по буквальному толкованію не относится къ рабамъ; но такъ какъ природа рабовъ одинакова съ природой свободныхъ, то законъ природы долженъ быть примѣняемъ и къ нимъ [325]).

Примѣромъ установленія юридическаго правила на основаніи природы вещи (объекта) могутъ служить слѣдующія мѣста. Марціанъ разсматриваетъ одинъ случай легата, гдѣ легатару были отказаны рабыни, наученныя искусству убирать голову (ornatrices); при этомъ возникаетъ вопросъ: имѣетъ ли легатаръ право на тѣхъ рабынь, которыя находились въ ученьи короткое время, напр. 2 мѣсяца? „Цельзъ", говоритъ Марціанъ, „писалъ, что такія рабыни не должны считаться легированными; другіе же юристы думаютъ, что должны, дабы не пришлось иначе устранить всѣхъ рабынь этого рода, такъ какъ всѣ могутъ учиться еще болѣе и такъ какъ во всякомъ искусствѣ можно совершенствоваться безъ конца. Это послѣднее мнѣніе скорѣе должно быть признано, ибо оно согласно съ человѣческой природой" [326]). „Вредоносный ядъ", говоритъ Гай, „не можетъ быть предметомъ купли, по мнѣ-

---

[324]) D. 12, 1. fr. 38.
[325]) D. 48, 2. fr. 12. § 4.
[326]) D. de legat. III. fr. 65. § 3.

нію нѣкоторыхъ, ибо и товарищество и довѣренность для постыдной цѣли не имѣютъ силы. Это мнѣніе конечно справедливо относительно тѣхъ ядовъ, которые никоимъ образомъ не могутъ быть полезны въ смѣшеніи съ другими веществами; но иное должно сказать о тѣхъ ядахъ, которые въ смѣшеніи съ другими веществами до такой степени утрачиваютъ свою вредоносную природу, что изъ нихъ выдѣлываются различныя противоядія и иные цѣлебные медикаменты" [327]). Павелъ говоритъ: „можетъ быть кто нибудь спроситъ: почему подъ именемъ серебра разумѣются и выдѣланныя изъ него вещи, тогда какъ, если будетъ легированъ мраморъ, подъ этимъ именемъ нельзя разумѣть ничего иного, кромѣ сыраго матерьяла. Основаніемъ этого правила считается слѣдующее соображеніе: все то, что по природѣ своей можетъ быть многократно превращаемо въ прежнюю массу, побѣжденное такою властью вещества, никогда не избѣгаетъ ея дѣйствія" [328]). Тотъ же юристъ въ другомъ мѣстѣ говоритъ: „Нѣкоторыя стипуляціи допускаютъ представленіе по нимъ частями, напр. когда мы стипулируемъ, чтобы намъ дали десять, нѣкоторые же не допускаютъ, каковы суть тѣ, которыя по природѣ своей недѣлимы, напр. если мы стипулируемъ сервитутъ дороги, прохода или прогона; нѣкоторые же хотя по природѣ своей и допускаютъ дачу по частямъ, но удовлетвореніе по стипуляціи совершается не ранѣе, какъ послѣ дачи всѣхъ частей, напр. если

---

[327]) D. 18, 1. fr. 35. § 2.
[328]) D. de legat. III. fr. 78. § 4.

мы стипулируемъ вообще человѣка или блюдо или какой нибудь сосудъ" [329]).

Наконецъ, установленіе правилъ на основаніи природы отношеній, можно наблюдать на слѣдующихъ примѣрахъ. Павелъ говоритъ: „когда кому нибудь посредствомъ легата предоставляется узуфруктъ съ годовыми перемежками (alternis annis, т. е. фруктуаръ получаетъ право пользованія не во всѣ годы своей жизни, а всегда черезъ одинъ годъ послѣ предыдущаго пользованія), то здѣсь будетъ не одинъ легатъ, а нѣсколько. Иное дѣло относительно водянаго или дорожнаго сервитута, ибо сервитутъ дороги единъ, такъ какъ онъ по природѣ своей имѣетъ перемежки" [330]). „Подобно тому" говоритъ тотъ же юристъ, какъ при покупкѣ и продажѣ по самой природѣ отношенія (naturaliter) дозволяется покупать дешевле то, что̀ сто̀итъ дороже, и продавать дороже, что̀ стоитъ дешевле, и такимъ образомъ обманывать другъ друга; точно также это же самое правило допускается и при наймѣ и сдачѣ въ наемъ" [331]). Далѣе, у Павла же находимъ слѣдующее замѣчательное мѣсто: „Люцій Тицій изъ трехъ живыхъ сыновей имѣетъ одного—эманципированнаго въ такомъ возрастѣ, что ему нужно назначить

---

[329]) D. 45, 1. fr. 2. § 1.: «Et harum omnium (sc. stipulationum) quaedam partium praestationem recipiunt, veluti quum decem dari stipulamur; quaedam non recipiunt, ut in his, quae natura divisionem non admittunt, veluti quum viam, iter, actum stipulamur; quaedam partis quidem dationem natura recipiunt, sed nisi tota dantur, stipulationi satis non fit, veluti quum hominem generaliter stipulor, aut lancem, aut quodlibet vas».

[330]) D. 33, 2. fr. 13.

[331]) D. 19, 2. fr. 22. § 3.

попечителей; спрашивается: если тотъ же Тицій-отецъ по просьбѣ того же эманципированнаго сына будетъ назначенъ преторомъ въ попечители, можетъ ли онъ пользоваться общимъ правомъ и тѣмъ не менѣе просить объ освобожденіи отъ попечительской обязанности, ссылаясь на обладаніе тремя сыновьями? Я отвѣтилъ, что отцу не должно отказывать въ той наградѣ, которая ему слѣдуетъ за число дѣтей; но когда онъ приглашается въ попечители къ своему сыну, то поступаетъ противъ природныхъ стимуловъ, если пытается воспользоваться правомъ отказа" [332]). Приведемъ для той же цѣли еще одно мѣсто Папиніана: „противно природѣ договора поклажи требовать проценты до наступленія просрочки (temporis ante moram) отъ того, кто оказалъ одолженіе, взявши деньги на сохраненіе" [333]).

Приведенные примѣры составляютъ незначительную часть всѣхъ подобныхъ имъ мѣстъ, находящихся въ остаткахъ классической юриспруденціи. Но они, надѣемся, достаточно наглядно показываютъ, какое примѣненіе въ области права сдѣлали классическіе юристы изъ основнаго принципа стоической этики —„жить согласно природѣ". Не въ примѣръ моралистамъ, они для отысканія закона природы обратились къ изученію реальной жизни, вслѣдствіе чего ихъ естественное право представляетъ не собраніе сухихъ, отвлеченныхъ правилъ, а живую, практическую систему, которая вполнѣ соотвѣтствовала сложной и утонченной жизни римскаго общества временъ имперіи.

---

[332]) D. 27, 1. fr. 36. § 1.
[333]) D. 16, 3. fr. 24. f.

Въ связи съ этой характеристикой методы классическихъ юристовъ мы должны, хотя въ немногихъ словахъ, разсмотрѣть вопросъ, поднятый, но не рѣшенный во 2-ой главѣ. Юристы могли открыть такія правила естественнаго права, которыя противорѣчили старому положительному праву. Какъ они поступали въ подобномъ случаѣ?

Говоря о взглядахъ ихъ на отношеніе естественнаго права къ положительному, мы указали на разногласія въ этихъ взглядахъ: иногда они признаютъ преимущество естественнаго права надъ цивильнымъ, иногда наоборотъ. Это разногласіе мы объясняемъ слѣдующимъ образомъ: классическіе юристы, стремясь придать естественному праву силу положительнаго, должны были сознавать, что оно по самому своему понятію должно имѣть преимущество передъ всякимъ другимъ элементомъ положительнаго права. И дѣйствительно, они нетолько совершенно ясно высказываютъ эту мысль въ видѣ общаго положенія, но и дѣлаютъ изъ нея приложеніе въ отдѣльныхъ практическихъ вопросахъ [334]). Но практическіе и всегда консервативные римскіе юристы, стремясь реализировать естественное право, вовсе не думали порвать всякую связь съ правомъ, завѣщаннымъ прошлою жизнью, если оно еще дѣйствительно жило въ народѣ; т. е. если ему еще соотвѣтствовалъ какой нибудь практическій интересъ народной жизни, для котораго оно должно было служить защитой. Поэтому, не опа-

---

[334]) См. мѣста, цитованныя во 2-й главѣ, стр. 56. срв. также D. 44, 4. fr. 1. § 1.: «Ideo autem hanc exceptionem (sc. doli mali et metus) praetor proposuit, ne cui dolus suus per occasionem juris civilis contra naturalem aequitatem prosit».

саясь упрека въ теоретической непослѣдовательности, они нерѣдко совершенно открыто признаютъ обязательную силу за такими положительными правилами, которыя противорѣчатъ естественному праву. Классическіе юристы вовсе не заботились о томъ, чтобы построить только теоретическое зданіе права. Они хотѣли реализаціи естественнаго права въ цѣломъ потому, что этого требовала современная имъ жизнь. Но если эта же жизнь въ какихъ нибудь своихъ подробностяхъ не всегда совпадала съ тѣми рамками, которыя строилъ умъ юристовъ, то эти послѣдніе не старались насильно втиснуть ее въ эти рамки и потому иногда прямо признавали въ силѣ такія правила, которыя противорѣчатъ естественному разуму. Намъ кажется, что такимъ образомъ можно объяснить удовлетворительно указанное во 2-ой гл. разногласіе юристовъ во взглядѣ на отношеніе естественнаго права къ положительному.

Итакъ, раскрытіе правилъ естественнаго права посредствомъ изученія явленій реальной жизни и сохраненіе жизнеспособной части стараго права, — вотъ въ краткихъ словахъ характеристика методы классическихъ юристовъ. Представляя себѣ примѣненіе этой методы, мы легко можемъ встрѣтиться съ слѣдующимъ вопросомъ: не подвергались ли классическіе юристы опасности затеряться среди массы предлежавшаго имъ матерьяла? Явленія реальной жизни такъ многочисленны и такъ дробны, что такая опасность весьма возможна. Но классическіе юристы были застрахованы отъ нея, благодаря двумъ обстоятельствамъ. Во первыхъ, отъ своихъ предшественниковъ по занятію они унаслѣдовали результатъ той

строгой дисциплины древнихъ юристовъ цивильнаго права, которую съ такимъ мастерствомъ изображаетъ передъ нами Іерингъ въ своемъ сочиненіи „О духѣ Римскаго права". Эта дисциплина еще за нѣсколько вѣковъ до времени классической юриспруденціи навсегда внѣдрила въ умъ римскаго юриста инстинкты порядка и простоты [335]). Во вторыхъ, на эту уже воздѣланную почву пало ученіе стоиковъ: оно нетолько укрѣпило юристовъ въ ихъ прежнихъ качествахъ, но дало имъ цѣлую массу общихъ идей, которыя, оживляясь и очищаясь въ практическомъ умѣ римскихъ юристовъ, послужили имъ надежнымъ путеводителемъ въ массѣ отдѣльныхъ правилъ, открывавшихся при изученіи природы конкретныхъ явленій жизни. Благодаря этимъ двумъ обстоятельствамъ, право классической юриспруденціи, несмотря на богатство своего содержанія, производитъ на всякаго изучающаго его впечатлѣніе простоты и гармоніи. —

Переходимъ теперь къ разсмотрѣнію той стороны реализаціи естественнаго права, которая представляетъ непосредственное перенесеніе предписаній стоической этики въ положительное римское право. Этотъ отдѣлъ будетъ скуденъ. Правда, мы сейчасъ сказали, что стоицизмъ далъ римскому праву цѣлую массу общихъ идей: основные взгляды классич. юри-

[335]) Ihering — Geist des R. R. II. стр. 388 (2-ое изд.): «школа, въ которую попало право, была строга; въ древнемъ правѣ всюду замѣтно, что оно выросло не въ дикости, какъ наше нѣмецкое право, а что оно напротивъ попало очень рано подъ руководство почти педантически строгаго, но послѣдовательнаго учителя. Но именно этой строгости въ сущности римское право и обязано солидностью своего фундамента, простотою и послѣдовательностью всей своей системы».

стовъ на отеческую власть, на положеніе матери въ семьѣ, на право наслѣдованія по закону, на право завѣщаній, на безформенныя соглашенія въ области обязательствъ по всѣмъ вѣроятіямъ создались подъ вліяніемъ стоической философіи. Но только въ такихъ общихъ выраженіяхъ и можно указать перенесеніе стоическихъ идей въ положительное право; болѣе подробныя кажутся намъ невозможными, потому что эти общія идеи слишкомъ тѣсно слились съ историческимъ правомъ Рима. Поэтому мы ограничимся только одной, впрочемъ не маловажной, областью, гдѣ замѣтно непосредственное вліяніе стоицизма, именно рабствомъ.

Стоики учили, что всѣ люди равны и родственны другъ другу. Мы видѣли, что тоже самое повторяли классическіе юристы. Понятно, что они, органъ естественнаго права, не могли одобрять рабства. Однако, зная, какъ глубоко въѣлось это зло въ древнюю жизнь, мы можемъ заранѣе сказать, что юристы не въ силахъ были уничтожить его совершенно. Правда, что время классическихъ юристовъ представляетъ не мало примѣровъ признанія за рабами человѣческаго достоинства; но рядомъ съ этимъ мы читаемъ ужасные разсказы о томъ, какъ господа убиваютъ рабовъ, чтобы доставить своимъ друзьямъ случай познакомиться съ невиданнымъ зрѣлищемъ умирающаго человѣка, или бросаютъ ихъ въ прудъ, какъ кормъ для громадныхъ муренъ. Въ такое время невозможно было думать о практическомъ осуществленіи принципа равенства. И дѣйствительно, классическіе юристы признали то, что́ отрицать было невозможно; въ остаткахъ ихъ сочиненій мы встрѣчаемъ очень часто положеніе, что

рабъ лишенъ правоспособности и стоитъ на равнѣ съ остальными вещами. Но, дѣлая эту уступку современному общественному состоянію, юристы старались смягчить жестокій принципъ, отказывавшій громадной массѣ людей въ признаніи ихъ человѣческаго достоинства. Это выразилось въ цѣломъ рядѣ практическихъ мѣръ, непосредственно или посредственно исходившихъ отъ классическихъ юристовъ. Назовемъ главнѣйшія изъ нихъ [336]).

Императоръ Адріанъ запретилъ господамъ, подъ страхомъ уголовнаго наказанія, убійство своихъ рабовъ, заключеніе ихъ въ домашнія тюрмы (такъ назыв. ergastula), продажу для проституціи и гладіаторскихъ игръ. Антонинъ Благочестивый предписалъ подвергать господъ за убійство своихъ и чужихъ рабовъ наказанію по закону Корнелія „De sicariis“, а въ случаѣ жестокаго обращенія съ рабами продавать этихъ послѣднихъ другимъ господамъ; въ этомъ послѣднемъ случаѣ, равно какъ и тогда, когда рабыни грозила опасность публичной проституціи, преслѣдуемые могли обращаться съ жалобой къ префекту города [337]). Всѣ эти постановленія сдѣланы императорами, въ Совѣтѣ которыхъ засѣдали знаменитые юрисконсульты классическаго періода.

Но кромѣ этихъ отрицательныхъ улучшеній въ юридическомъ состояніи рабовъ, были и положительныя, заключавшія въ себѣ молчаливое признаніе за ра-

---

[336]) См. объ этомъ Laferrière въ сочиненіи, уже цитованномъ много разъ; Voigt—Das jus naturale etc. т. IV. §§ 2—4; Taylor-Taswell—Greek and Roman jurisprudence in relation to slavery, статья, помѣщенная въ Law magazine and review. 1875 August.

[337]) Voigt ук. соч. стр. 11, 19; Laferrière стр. 27-8.

бами нѣкоторой доли правоспособности. Такъ въ области семейственнаго права это признаніе выражается въ томъ, что право придаетъ нѣкоторое юридическое значеніе естественному, установляемому рожденіемъ, родству въ восходящей и ближайшей боковой линіи, несмотря на то, что это родство возникло между лицами, когда они были рабами, такъ напр. нисходящій не могъ звать на судъ, безъ дозволенія претора, своего родителя, хотя бы зачатіе перваго совершилось въ то время, когда родитель былъ рабомъ; либертинъ не могъ жениться на своей матери или сестрѣ либертинкѣ [338]). Въ области наслѣдственнаго права: рабъ, принадлежащій государству (servus publicus), можетъ въ завѣщаніи распорядиться половиною своего пекуліарнаго имущества; рабъ, сдѣлавшійся таковымъ въ наказаніе (servus poenae), можетъ получать legatum alimentorum [339]). Въ области обязательственнаго права: рабы способны къ такъ наз. натуральнымъ обязательствамъ (oblig. naturales); это выражается различнымъ образомъ: напр. если вольноотпущенный, вступившій въ обязательство во время своего рабства, совершитъ уплату, то онъ не можетъ требовать ее назадъ посредствомъ condictio indebiti; точно также и наоборотъ, уплата вольноотпущенному, сдѣлавшемуся кредиторомъ во время рабства, считается юридически дѣйствительною; [340]) равнымъ образомъ имѣетъ силу и новація такого обязательства и удовлетвореніе по немъ со стороны третьихъ лицъ [341]). Натуральное

---

338) D. 2, 4. fr. 4. § 3; 23, 2. fr. 8.
339) Ulp. Frag. XX. § 16; D. 34, 8. fr. 3. pr.
340) D. 12, 6. fr. 13; 44, 7. fr. 14; 12, 6. fr. 64.
341) D. 4, 3. fr. 7. § 8; 39, 5. fr. 19. § 4; 46, 1. fr. 21 § 2.

обязательство имѣло силу нетолько послѣ отпущенія на волю, но въ нѣкоторыхъ случаяхъ и во время рабства, напр. при actio de peculio изъ пекуліарнаго имущества вычиталось должное рабомъ господину; если рабъ былъ долженъ, то уплата за него со стороны другаго считалась юридически дѣйствительной [342]).

Но юристы допускаютъ по отношенію къ рабамъ и нѣкоторыя другія послѣдствія обязательственныхъ отношеній, имѣвшія болѣе сильное дѣйствіе, чѣмъ натуральныя обязательства, такъ напр. вольноотпущенный могъ пользоваться exceptione doli на основаніи отношенія, возникшаго еще во время его рабства [343]): противъ него возможны были actio de dolo, actio depositi in factum concepta и въ нѣкоторыхъ случаяхъ actio mandati и negotiorum gestorum [344]).

---

342) D. 15, 1. fr. 9. § 2; fr. 11. § 2; 12, 6. fr. 13.
343) D. 2, 14. fr. 7. § 18.
344) D. 4, 3. fr. 7. § 8; 16, 3. fr. 21 § 1; 3, 5. fr. 17.

ОГЛАВЛЕНІЕ.



